
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 770 275

Germany

Der Besitz
als Recht in thesi.

Civilistische Abhandlung

von

B. v. Liebe,
Kreisrichter.

Braunschweig,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn.)
1876.

For TT

Rec. March 12, 1895

Vorwort.

Die nachstehende Abhandlung bildet einen Versuch das Problem des Besitzschutzes zu lösen, welches noch von der neuesten Schrift über diesen Gegenstand als unlösbar bezeichnet wird.

Der eingeschlagene Weg ist ein neuer. Ob er zum Ziele führt, wird der allgemeinen Beurtheilung anheim gegeben. Bei einsamer Arbeit und in Hinblick auf die Buntheit der sich entgegenstehenden Ansichten beschleicht wohl Jeden leicht ein Mißtrauen gegen sich selbst.

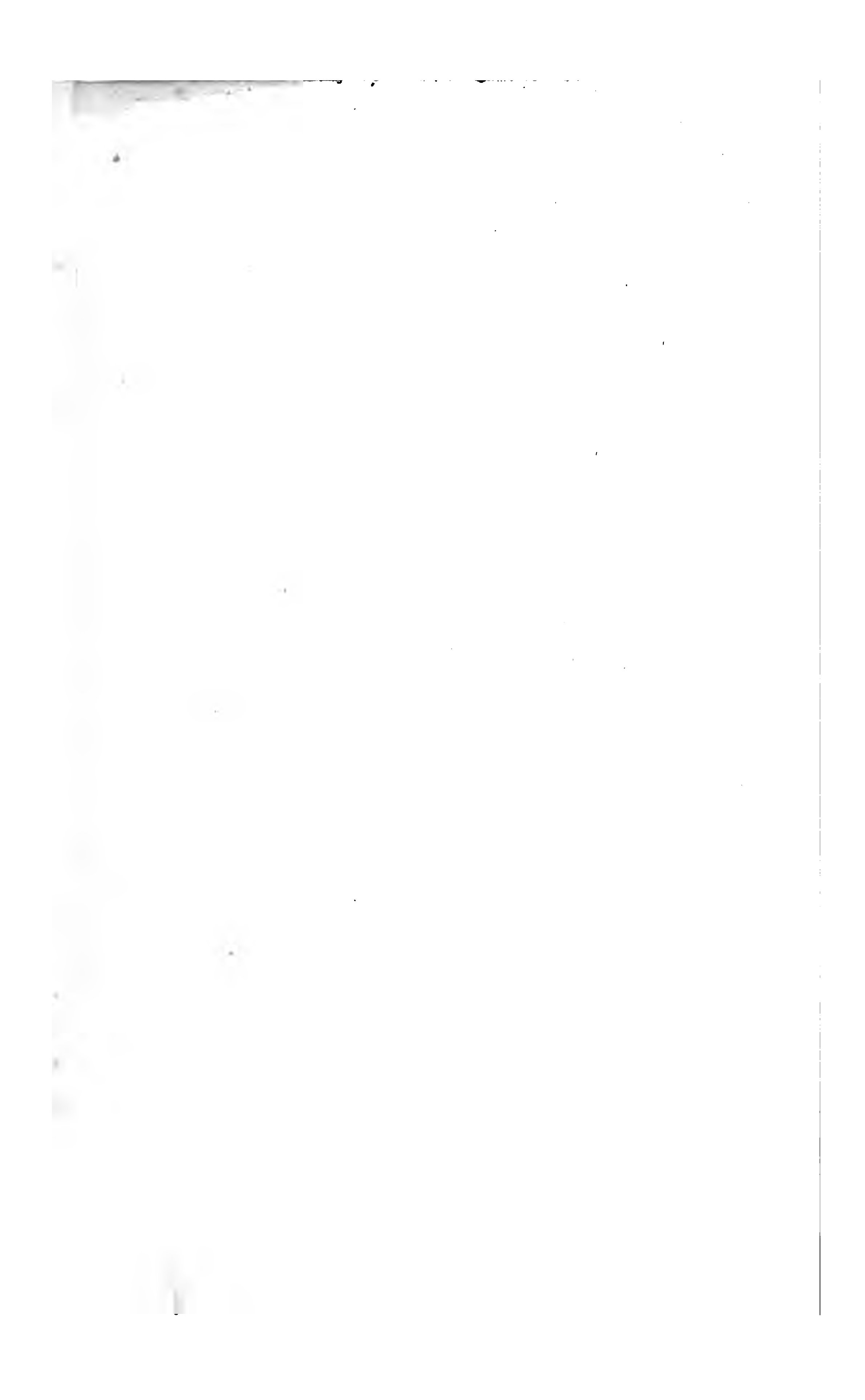
Sollte der betretene Weg sich einiger Billigung erfreuen, dann wird sich eine fernere, bereit liegende Abhandlung über das Verhältniß der Besitzklagen zu den Vermögensklagen anschließen.

Wolfenbüttel, den 15. Februar 1876.

B. v. Liebe.

Inhalt.

		Seite
§. 1.	Der Besitz als Recht in thesi	1
§. 2.	Das Recht der Selbsthülfe	16
§. 3.	Nemo sibi causam possessionis mutare potest	25
§. 4.	Plures in solidum possidere non possunt	33
§. 5.	Besitzfähigkeit der Person	40
	a. Juristische Personen	40
	b. Unter Tutel und Curatel stehende Personen	45
	c. Unter väterlicher Gewalt stehende Personen	53
§. 6.	Besitzbarkeit der Sache	63
§. 7.	Das Ganze und die Theile	69
§. 8.	Verhältniß von Vindicirbarkeit und Besitz	80
§. 9.	Das Grundstück und seine Theile	84
§. 10.	Der Besitzbeginn	95
§. 11.	Occupation	99
§. 12.	Tradition	114
§. 13.	Eigenthümlichkeiten des Immobiliarbesitzes	157



§. 1. Der Besitz als Recht in thesi.

Man muß in der Rechtswissenschaft unterscheiden zwischen dem Wollen als einem Zustande der Person und dem aus der einzelnen That derselben herausgelesenen Willen. Beides, das gegenwärtig Gewollte, welches noch in der Realisirung begriffen ist, und das in der Vergangenheit Gewollte kann rechtlich bedeutsam sein.

Der Inhalt des Willens besteht in Vorstellungen. Der realen Welt gegenüber steht die Welt der Vorstellungen in dem Kopfe eines jeden Menschen. Letztere begreift nicht nur ein Spiegelbild des Wirklichen als Ausgangspunkt, sondern auch als nicht wirklich aber zu verwirklichend gedachte Vorstellungen. Die empfundenen Lücken der Wirklichkeit — Begehren einer Lust oder Abscheu vor einer Unlust — treiben zur Ergänzung und führen als Motive die Willensentscheidung herbei. Diese verfügt in demselben Momente, ohne daß wir den Angriffspunkt zwischen Idealem und Realem jemals werden ermitteln können, über unsern Körper. Eine rein innerliche Willensentscheidung bleibt dunkel, erst in der That wird sie auch dem Handelnden selbst erkennbar. Vorher war er nur Zuschauer des Kampfes der Motive mit dem trügerischen Gefühl, daß nicht die Gesetze seines innersten Wesens, sondern in jedem Augenblicke neu von ihm zu schaffende Gesetze sein Handeln bestimmen würden.

Die durch den Handelnden hervorgebrachte Veränderung in der realen Welt ist insoweit seine That, das heißt gewollt, als er sie in dem Augenblicke der Willensentscheidung sich vorstellte, sei es nun als Finalzweck oder als dahin führendes Mittelglied. Soweit die That nicht vorgestellte Folgen hat, werden diese juristisch nur relevant, sofern das Recht den Anspruch an die Person erhebt, daß dieselbe solche sich hätte vorstellen sollen — culpa, soweit weniger realisirt als vorgestellt ist, liegt ein Versuch bezüglich des Nichtrealisirten vor.

Man sollte hiernach meinen, daß die That nur den im Augenblick ihres Geschehens obwaltenden Willensinhalt offenbaren könne und ein jeder Schluß aus früheren Thaten auf ein gegenwärtiges Wollen, das heißt die Voraussagung der Wirksamkeit eines zur Zeit der That in der Person vorhandenen Vorstellungskreises auch für ihr späteres Verhalten, so unsicher und wenig zu beachten wäre, als eine Wetterprophezeiung.

Es wird jedoch ein gegenwärtiges, aus früheren Handlungen zu

folgerndes Wollen gerade in der Besitzlehre von der größesten Bedeutung. Der einmal durch Handlungen constatirte Vorstellungskreis kann sehr wohl bei der durch das Gedächtniß vermittelten Continuität in unserem Denken und Wollen als auch in der nachfolgenden Zeit fortwirkend mit genügender Gewißheit erkannt werden. Wer durch eine gestrige That seinen Besitzwillen bekundete, bei dem setzen wir, wenn kein dazwischen liegendes Ereigniß zu einer anderen Folgerung drängt, den gleichen Willen für heute voraus.

Leben heißt die Uebersetzung der inneren Vorstellungswelt in die reale Welt oder, wie Kant sagt, das Vermögen eines Wesens seinen Vorstellungen gemäß zu handeln. Soweit das Recht uns die Verwirklichung unserer Vorstellungen garantirt, werden dieselben zu Befugnissen, Rechten im subjectiven Sinne.

Gewissen Vorstellungen verheißt das Recht in thesi seine Garantie, sie brauchen nur wirklich vorhanden zu sein, bei anderen Vorstellungen knüpft es seine Garantie an in der Vergangenheit liegende juristische Thatsachen, vornehmlich Rechtsgeschäfte und Delicte. Im ersteren Falle ist der Willensinhalt an sich ein berechtigter, ohne daß man in die Vergangenheit zurückzugreifen braucht, um durch Klarlegung gewisser Facta seine Rechtfertigung zu suchen. Die Selbstverständlichkeit der Rechte in thesi bewirkt, daß man sie als Rechte verkennt. Das Recht über unseren Körper frei zu verfügen, mit den unter unserer Herrschaft stehenden Sachen zu machen, was wir wollen, gehört hierher; dann ist hierher auch noch zu zählen die Forderung der Erfüllung einer jeden dritten uns gegenüber obliegenden bürgerlichen Pflicht, zum Beispiel in jus vocatio. Beim Aufsuchen der jura in thesi kann uns ein erst später zu erläuterndes Erkennungsmittel leiten, nämlich die Befugniß zur Selbsthülfe.

Bei Exercirung eines jus in thesi greifen wir in eine fremde Freiheitssphäre entweder überall nicht, oder nur insoweit ein, als eine ganz allgemeine bürgerliche Verpflichtung der Dritten mit sich bringt. Bei der Regierung unseres eigenen Körpers und der von uns beherrschten Sachen stehen wir in einer Synthese lediglich zu diesen Objecten und verlangen von allen Dritten Nichts, als daß sie unsere Lebensaction nicht stören, uns nicht vergewaltigen. Nur findet der Unterschied statt, daß, während Niemand auf den Gedanken kommen kann, meine Nase habe ihm zum Riechen zu dienen, sehr wohl ein Dritter der Ansicht sein kann, daß das Grundstück, welches ich als unter meiner Herrschaft stehend ansehe, thatsächlich unter seiner Herrschaft stehe.

Mein jus in thesi kann in hypothesi allerdings ein Unrecht sein, zunächst trägt es aber die Farbe des Rechtes. Wenn der Besitzer des Grundstückes dem Eigenthümer desselben den Zutritt verweigert, so befindet sich erst einmal der Erstere in seinem Rechte; das Recht des Andern tritt erst hinter den Coulissen hervor, wenn bestimmte Thatsachen der Vergangenheit, welche zur Begründung desselben erforderlich sind, durch Beweis vor dem Richter rechtliche Gewißheit erlangt haben.

Umgekehrt ist ein Anspruch, daß ein Dritter mir Geld zahlen oder eine Sache herausgeben soll, zunächst ein höchst unberechtigtes in eine

fremde Freiheitssphäre eingreifendes Verlangen. Mein Willensinhalt findet in sich selbst nicht die mindeste Berechtigung und ist in thesi Unrecht. Die Klarlegung des Darlehnsgeschäftes, der Eigenthumserwerbungsthatsachen geben dahingegen meinem Anspruch den Anstrich als Recht. Das Recht in hypothesi steht in dem erst aufzuhellenden Dunkel der Vergangenheit, das Recht in thesi in der für den Berechtigten unmittelbaren Klarheit der Gegenwart. Bei letzterem kann zwischen Vorstellung und Realisirung die richterliche Erkenntniß nicht eingeschaltet werden, ohne das Leben zu hemmen. Nur nachträglich kann vom Richter geprüft werden, wer denn in thesi bei einer obwaltenden Besitzverwirrung der relativ besser Berechtigte war.

Unser ganzes Leben ist Gebrauch und Verbrauch von Sachen, wir stehen mit der Sachenwelt in einem ständigen Verhältniß der Aneignung und Ausscheidung. Zum Leben gehört mithin die Herrschaft über Sachen, und hat der Staat, da er die Vertheilung der Güter nicht auf sich nehmen, den Lebensproceß selbst nicht reguliren kann, die Vertheilung der Güter, soweit nicht für einzelne Classen derselben Ausnahmsbestimmungen getroffen sind, der freien Concurrenz und dem Verkehr überlassen. Ein Jeder darf zugreifen, nur muß er die Prävention respectiren. Zwischen Staatsangehörigen und Fremden wird sogar kein Unterschied gemacht und kann auch beim Bestande eines internationalen Güterverkehrs wenigstens für bewegliche Sachen nicht gemacht werden.

Die Aneignung der Sache ist, abgesehen von der in hypothesi jenseits des Besitzstreits liegenden Eigenthumsverletzung, kein Unrecht. Der vorübergehende Gebrauch erschöpft aber nicht die ökonomische Verwerthung und stellt sich der Gebrauchende auch für die Zukunft die Sache als Mittel zu seinen Zwecken vor. Die Sache tritt freilich nicht in einen körperlichen Zusammenhang mit uns, wie unsere Glieder, welche schon von Natur als Mittel zu unseren Zwecken für alle Zeiten bezeichnet sind. Ausgehend von unseren Einwirkungen und Verfügungen über die Sache denken wir uns aber als Herren über die dieselbe, dessen Befehle bei der Vollstreckung auch in der Zukunft kein Hinderniß zu gewärtigen haben. Diese Herrschaftsvorstellung ist dann eine verständige, wenn ihr Ausgangspunkt, die reale Welt, richtig vorgestellt ist und als eine genügende Basis erscheint. Die verständige Annahme der physischen Herrschaft wird sich nach dem Maße der für ihre Behauptung zu Gebote stehenden körperlichen Kraft richten gegenüber den zu befürchtenden Angriffen. Die rechtliche Herrschaft braucht Gewalt und Heimlichkeit nicht zu fürchten, denn hinter ihr stehet der allmächtige Prätor.

Bei der physischen Herrschaft außerhalb des Rechtszustandes kann eine Stabilität nicht eintreten; sie ist der fortgesetzte und niemals beendete Kampf. Diesem Kampfe macht der Besitzesschutz ein Ende.

Wir kommen hier an die schwierigste Frage in der ganzen Besitzlehre. An welche Voraussetzungen ist der Besitzesschutz geknüpft, mit anderen Worten, welchen Thatbestand hat der Besitz?

Bei Beantwortung dieser Frage müssen wir im Auge behalten, daß der Thatbestand niemals in der Vergangenheit, in einem Geschehensein, einer hypothesis, beruhen kann, so daß wie bei dem jus in hypothesi

die Klarlegung einer Vergangenheit den Rechtszustand der Gegenwart ergäbe. Dieses Gebundensein an einen gegenwärtigen Thatbestand, hat bewirkt, daß man den Besitz als Factum betrachtete, indem es unmöglich schien, ein Recht ohne eine jede Hypothesis in der Vergangenheit mithin in Abhängigkeit von einer gegenwärtigen stets dem Wechsel unterworfenen Sachlage sich vorzustellen. Savigny sagt S. 44, der Besitz sei seinem Wesen nach Factum, in seinen Folgen einem Rechte gleich. Diese Aeußerung kann Klarheit nicht schaffen. Das rechtliche Wesen des Besitzes besteht eben in jenen Folgen, welche bei der Subsumtion des Lebensverhältnisses unter die Rechtsregel sich ergeben. Soweit man nicht in den Fall kommt, aus der Sachherrschaft oder aus irgend einem anderen Lebensverhältniß rechtliche Folgen abzuleiten, als bloßes Factum ist dasselbe juristisch gleichgültig.

Während bei einem jeden Rechte in hypothesi eine weitere vom Gesetz in ihrem Thatbestande im Voraus bestimmte hypothesis das Ende des bis dahin beharrenden Rechts herbeiführt, ist der Besitz ein mit der Sachlage beständig wechselnder rechtlicher Reflex. Wie die thatsächliche Folge die Sachlage im Augenblicke des Geschehens zur Grundlage hat, alles vorher Geschehene außer Betracht bleibt, soweit es nicht in jenem Augenblicke dauernde Thatsachen zur Folge hatte, so hat auch die Conclusion auf das Recht des Besitzes eine actuelle Sachlage zur Voraussetzung.

Diese ausschließliche Maßgebung des gegenwärtigen thatsächlichen Zustandes bildet den Grund, weshalb die römischen Juristen den Besitz als res facti bezeichnen. Wenn Paulus fr. 1 §. 4 de poss. den Besitz der Ehefrau an den vom Manne geschenkten Sachen bejahet, so ist damit nur gesagt, daß für die Besitzfrage lediglich das Vorhandensein des augenblicklichen Besitzthatbestandes in Betracht kommt, in der Vergangenheit liegende Thatsachen — hier die Eheschließung — aber ebensowenig den Besitz aufheben als schaffen können. Alle solche Thatsachen, welche Einfluß auf das dingliche Recht an der Sache haben können, liegen außerhalb des Besitzthatbestandes.

Daraus, daß der Besitz der rechtliche Reflex eines gegenwärtigen Thatbestandes ist, folgt ferner, daß man denselben für eine bestimmte Zeit behaupten muß — soweit es sich um Besitzesschutz handelt für den Augenblick der Verletzung. Sodann folgt daraus, daß es keine Fiction des Besitzes — gesetzliche Gleichbehandlung eines für den Besitz nicht ausreichenden Thatbestandes mit dem vollkommenen Thatbestande — und keine Pendenz — Abhängigmachung der Rechtswirkung einer vergangenen Thatsache von dem Hinzutritt einer künftigen Thatsache*) — giebt.

Noch in der neuesten Schrift über Besitz und Besitzesschutz von Meischeider S. 19 wird die Feststellung eines Thatbestandes des Besitzes, welcher für alle Fälle, dem Besitzer des Eigenthümers, Diebes, Sequester &c. passe, als ein unlösbares Räthsel ausgegeben, wie dasjenige der Quadratur des Cirkels.

---

*) fr. 19, 23 §. 2 ex quibus caus. maj.

Wagen wir es dennoch.

Bei Feststellung des Besitzthatbestandes ist der Abweg zu vermeiden, daß man, wie bei den Rechten in hypothesi Erwerbsthatsachen aufsucht. Einen Besitzerwerb im eigentlichen Sinne, daß nämlich bestimmte in der Vergangenheit liegende Thatsachen für die Zukunft die Basis des Besitzrechtes bilden, giebt es nicht. Es giebt vielmehr nur einen Besitzbeginn. Dieser involvirt freilich häufig einen Rechtserwerb, hat mithin in die Zukunft sich erstreckende rechtliche Wirkungen, jedoch nicht für das Besitzrecht; das Fundament dieses Rechts muß in jedem Augenblicke sich neu erzeugen. Im Besitzbeginn tritt zwar der Besitzthatbestand besonders prägnant hervor, bleibt aber bei Alledem nur für Augenblicke wirksam. Da Savigny*) den Besitz als Recht in thesi mit actuellem Thatbestande nicht erkannt hat, so behandelt er ihn als Recht in hypothesi. Es ist allerdings unbestreitbar, daß der einmal erworbene Besitz so lange dauert bis er wieder verloren wird und der Mensch so lange lebt bis er stirbt. Aber während derjenige, welcher behauptet, das Eigenthum erworben zu haben, damit auch zugleich gegenwärtig Eigenthümer zu sein prätendirt, liegt in der Behauptung des Besitzerwerbes noch lange nicht die Behauptung des gegenwärtigen Besitzers. Wer die erstere Behauptung aufstellt, kann nicht dem Gegner mit dem Satze: „ei qui dicit non ei qui negat incumbit probatio“ die Allegirung und den Beweis der Verlustthatsache aufbürden. Eine solche Verschiebung des Angriffs und der Vertheidigung könnte nur stattfinden, wenn, wie Delbrück in seiner Schrift über die dingliche Klage des deutschen Rechts vermeint, der ältere, nicht der beharrende gegenwärtige Besitz einen Klaggrund bildete. Dann wäre allerdings der Besitz zu einem Rechte in hypothesi geworden.

Wir können somit den Thatbestand des Besitzes nicht in Erwerbungsthatsachen suchen, sondern wir müssen nach einem dauernden Verhältnisse der Person zur Sache forschen, für welches die vorübergehenden Handlungen nur als Anzeichen Bedeutung haben können.

Man könnte zunächst an ein körperliches Verhältniß denken, das heißt an ein Verhältniß der Person als Körper zu der Sache als Körper. Das einzige Verhältniß, in welchem zwei Körper zu einander stehen können, ist ein räumliches, Nähe und Entfernung. In einem solchen Verhältnisse stehen alle Körper des Weltalls mit einander; von jedem Körper zu jedem Körper ist die Entfernung meßbar. Man wird indessen bald an der Auffindung eines bestimmten für den Besitz charakteristischen und erforderlichen körperlichen Verhältnisses verzweifeln. Tenere, sedere, stare bezeichnen die unmittelbare Berührung der äußeren Partikeln der Hand, des Hintern und des Fußes mit dem Object. Man verlangte denn auch wirklich früher eine solche Berührung, zwar nicht dauernd, aber doch im Momente des Besitzerwerbes und zeigte schon durch dieses Erforderniß einer hypothesis an, daß man sich auf falscher Bahn befand. Diese rohe und barbarische Behandlung des römischen Rechtes, wie sie nur bei Verhandhabung desselben durch die christlichen

*) S. 328 Lenz, das Recht des Besitzes, S. 211.

Germanen geschehen konnte, ist von Savigny verfeinert. Derselbe beharrt freilich bei der Anforderung eines körperlichen Verhältnisses. Er bezeichnet dasselbe als „physische Möglichkeit" auf die Sache unmittelbar einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen. Diese Möglichkeit soll als Factum in allem Erwerb des Besitzes enthalten sein. Auch zur Fortdauer des Besitzes wird dieses körperliche Verhältniß erfordert.*)

Es bedarf hier einer näheren Prüfung des Savigny'schen Ausdruckes, um den richtigen Kern in der fehlerhaften Schale zu finden.

Möglichkeit ist kein physischer Zustand, kein Factum, sondern eine Aussage von einer gewissen Art und Weise unseres Denkens. Modalität der Urtheile nennt man das Verhältniß des Inhaltes derselben zum Denken. Der Urtheilende kann entweder behaupten, daß er so denkt, oder daß er in sich kein Hinderniß findet so zu denken, oder daß er in sich selbst, das heißt in seiner Erkenntniß von sich und der Welt, gezwungen ist, so zu denken. Da der Satz vom Grunde die Welt beherrscht, so enthält das nur problematische Urtheil: „ich bin nicht verhindert zu denken" das Zugeständniß der unzulänglichen Welterkenntniß. Je größer die Reihe von Erkenntnissen ist, welche den Urtheilenden statt zu einem problematischen zu einem behauptenden oder apodictischen Urtheile führen würden, von desto geringerem Werthe ist das Erstere. Es wird deshalb von verständigen Leuten nur gebraucht, um die Nichtausnahmslosigkeit einer Regel, den nicht absoluten Zwang, ihr gemäß zu denken, zu behaupten, während man allerdings noch nicht dahin gelangt ist, den höheren durchbrechenden Satz zu ergründen, und deshalb diesen als Problem setzt. So kann das problematische Urtheil einen Fortschritt in der Erkenntniß anbahnen.

Möglichkeit bedeutet deshalb nur Denkbarkeit, läßt das wirklich Seiende ganz unbestimmt und bezeichnet nur das Verhältniß des Inhalts eines aus der Luft gegriffenen Urtheils zum Denken. Das Beiwort „physisch" enthält darnach einen Widerspruch, oder kann höchstens bezeichnen, daß in den erkannten Gesetzen der Physik kein Denkhinderniß gefunden wird.

Mit dem problematischen Satze, daß die Einwirkung auf die Sache möglich erscheinen müsse, würde nur gesagt sein, daß der Besitzer in seinem Denken kein Hinderniß finden dürfe, welches ihn zwänge, eine jede künftige Einwirkung seinerseits auf die Sache von vornherein zu negiren. Ein Mehreres ist nun aber offenbar erforderlich und hat auch Savigny vorgeschwebt, indem er das Beiwort „physisch" hinzufügte.

Als Einwirkung und Verfügung der Person über die Sache ist bei nicht denkenden Sachen — Sclaven und in einem gewissen Grade auch Thiere denken — nur eine mechanische Action, der Stoß, denkbar. Der Umfang der Einwirkung ist je nach Natur der Sachen verschieden. Den beweglichen Sachen können wir ihren Ort im Raume anweisen, die Erde vermögen wir aber nicht aus den Angeln zu heben und können deshalb bei Grundstücken nur das räumliche Verhältniß anderer beweg-

*) S. 330.

licher Sachen, insbesondere unseres eigenen Körpers, zum Grundstücke bestimmen. Da wir das Grundstück nicht zu uns kommen lassen können, so müssen wir zum Grundstücke hingehen.

Es sei gestattet, die überhaupt denkbare Einwirkung der Person auf die Sache unter dem Ausdrucke Ortsbestimmung zusammenzufassen. Bei denkenden Sachen bedarf es zur Ortsbestimmung nicht des directen Stoßes, sondern es ist auch eine geistige Einwirkung — bei Thieren Abrichtung insbesondere Einpflanzung des animus revertendi — möglich. Die in der Sache erregte Vorstellung wird als Motor benutzt, wie wir denn auch freie Personen als Mittelglieder bei der Einwirkung auf die Sache benutzen, indem wir dieselben geistig beeinflussen und zur Willenssubjection veranlassen.

Die Vollziehung der Befehle unseres Willens über das Ortsschicksal der Sache hat in einer doppelten Richtung Hindernisse zu gewärtigen.

Erstlich können dieselben in der Sache liegen, sofern dieselbe Kräfte besitzt oder von elementaren Kräften besessen wird, welche der Regierung derselben durch den menschlichen Willen widerstreben. Bestimmt auf solche Weise die Sache selbst ihr Ortsschicksal, dann wird sie nicht besessen. Das Thier hat sich verlaufen, die Steine sind in den Tiber hinabgeglitten und der Herr hat die sofortige Verfolgung und Zurückbringung unter seine Macht aufgegeben. Alsdann bestimmt sich der Aufenthalt dieser Sachen nach ihrem eigenen nicht unterthänigen Willen oder der nach dem Walten von Naturkräften.

Zweitens können die Hindernisse in der Mitbewerbung anderer Personen um die Sache liegen. Eine günstige Vertheidigungsposition, Einhegung des Grundstückes, Verschluß des Objects, würden niemals geeignet sein, uns vollständige Sicherheit zu gewähren. Ohne den gerichtlichen Besitzesschutz würde die nur physische Herrschaft stets precär sein, da Niemandem solche Kräfte zu Gebote stehen, daß er gegenüber allen Angriffen mit Sicherheit auf den Sieg rechnen könnte. Unsere Sicherheit liegt darin, daß alle Dritten in der zeitigen Ortsbestimmung der Sache unsere ohne Scheu vor einem Conflicte vollzogene That zu erkennen haben, aus welcher unser dauernder, in thesi berechtigter Wille hervorleuchtet, die Sache fürderhin zu besitzen. Wollen ist hier Recht, und Recht Macht. Nur ist erforderlich, daß unsere Handlungen, insbesondere die Ortsbestimmung der Sache, einen solchen dauernden Willen erkennen lassen und für den Schluß hierauf sind die von uns getroffenen Sicherheitsmaßregeln bedeutsam.

Sind von Seiten der eigenen Kräfte der Sache und der dieselbe beherrschenden elementaren Kräfte keine Hindernisse zu gewärtigen, und können wir erwarten, daß alle Dritte unsere in der zeitigen Ortsbestimmung sich ausprägende Verfügung über die Sache respectiren werden — das heißt befinden wir uns nicht in einem gegenwärtigen Conflicte — dann könnten wir das Urtheil fällen, daß die uns zu Gebote stehenden Kräfte bei der Verfügung über die Sache alle widerstrebenden Kräfte überwiegen. Das Uebergewicht von dem Wollen zu Gebote stehenden Kräften über andere Kräfte nennen wir Macht. Macht bezeichnet ein Verhältniß von Kraft zu Kraft und zwar ausschließlich

das Verhältniß einer einem Willen zu Gebote stehenden Kraft zu Gegenkräften, indem wir nur unter metaphorischer Beseelung der Natur von der Macht der Wellen und des Windes reden. In dem Machturtheil ist nur der Willen problematisch. Die Lösung dieses Problems, was wir wollen werden, liegt aber wiederum in unserer Macht, in unserem liberum arbitrium. Ob unsere Willensentscheidung von dem Gesetze der Causalität entbunden oder ob dieses Gesetz nur in Dunkelheit für uns gehüllt ist, mag dabei die Philosophie entscheiden.

In der Macht über die Sache haben wir mithin die von allem Problematischen gereinigte physische Möglichkeit Savigny's gefunden. Eine Macht können wir uns, wie schon oben angedeutet nicht ohne einen Willen und einen Willen ebensowenig ohne Macht denken. Ein Kraftübergewicht ist nur dann Macht, wenn die Absicht vorhanden ist, seiner sich zu bedienen, und ein Willen, soweit ihm keine Macht zu Gebote steht, ist leerer Wunsch.

Die Macht stellt sich als die objective Seite des dauernden Verhältnisses, welches den Thatbestand des Besitzes bildet, dar. Wer sich hinsichtlich ihrer irrt und fälschlich annimmt, daß die Sache noch in der von ihm gegebenen Ortsbestimmung beharre, während die Bestimmung ihres Ortsschicksals elementaren Kräften anheimgefallen ist, welche entweder durch seine Gewalt nicht zu überwinden sind, oder durch Entziehung der Sache an einen unbekannten Aufenthaltsort die Anwendung der Gewalt unmöglich machen, kann nicht besitzen. Ebenso wird der Besitz ausgeschlossen, wenn eine dritte Person mit eigenem Herrschaftswillen das Ortsschicksal der Sache bestimmt hat; bei Grundstücken, welche von Abwesenden besessen werden, bleibt freilich vor der Wissenschaft des bisherigen Herrn die Ortsbestimmung des Occupanten eine precäre und der Beseitigung durch Selbsthülfe ausgesetzt.

Die Macht ist ein factischer Zustand, soweit es sich um Ausschließung von Befreiungsbestrebungen des besessenen Objects handelt; dagegen ist sie ein rechtlicher Zustand soweit es sich um Ausschluß der Concurrenz dritter Personen handelt. Das in der That, der Ortsbestimmung hervortretende Wollen ist in thesi rechtlich geschützt und damit mächtig.

Man könnte nun leicht auf den Gedanken kommen, daß die Macht dasjenige sei, was die Römer mit corpus bezeichnen. Savigny scheint sein zu physischer Möglichkeit erweitertes körperliches Verhältniß als das römische corpus anzusehen und ebenso Lenz.

Es sind deshalb die römischen Aussprüche über corpus zu prüfen. Die wichtigsten sind folgende:

fr. 3. §. 1 de poss. Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore aut per se animo. Quod autem diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circum ambulet, sed sufficit quamlibet partem fundi introire, dum hac mente et cogitatione est, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

§. 3. Neratius et Proculus solo animo non posse nos acquirere possessionem ajunt, si non antecedat naturalis possessio. —

Quidam putant Sabini sententiam veriorem, nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra, quibus consentio.

fr. 153 de R. J. Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur; cum, quibus modis acquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.

fr. 44 §. 2 de poss. . . . ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore . . . .

fr. 29 de poss. Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere.

fr. 51 de poss. Quarundam rerum animo possessionem apisci nos Labeo ait.

Ueberall wird durch die Ausdrücke corpore und animo eine Art und Weise des Erwerbes oder des Verlustes bezeichnet, nicht also eine Seite des dauernden Verhältnisses, welches den Thatbestand des Besitzes bildet. Es scheinen Widersprüche vorzuliegen, da einestheils behauptet wird, es müsse animo et corpore erworben werden, denn aber auch der Erwerb solo animo zugelassen wird, ferner, indem corpore aut animo der Besitz soll verloren werden können und andererseits ein Umschlag in das Gegentheil von corpus und animus gefordert wird. Als Beispiele des corpore acquirere finden wir angegeben das fundum introire, rem manu apprehendere. Die körperliche Einwirkung auf die Sache — durch unseren eigenen Körper oder durch denjenigen eines willensunterthänigen Stellvertreters — vermag nicht uns eine besondere Macht über die Sache zu verschaffen; auch die Treffung von Sicherheitsmaßregeln würde nur eine relativ günstige Vertheidigungsstellung uns schaffen können, nicht aber ein zweifelsohnes Herrschaftsbewußtsein. Bei den überwiegend meisten Besitzergreifungen ist ein Kampf mit der Sache selbst und eine zuvorige Unterthänigmachung nicht erforderlich. Das Betreten und Ergreifen müßte mithin in diesen Fällen ebensowenig nöthig sein, als zur Fortsetzung des Besitzes ein ständiges Verweilen oder Halten von Nöthen ist. Eine symbolische Function ist von vornherein zu verwerfen, da kein Gesetz den Besitzesschutz an eine formale Handlung als Voraussetzung knüpft.

Indessen liegt ein anderer Grund vor, den Besitz niemals früher beginnen zu lassen, als bis eine vom Acquirenten ausgehende in eine mechanische Action endende Verfügung das Ortsschicksal der Sache bestimmt hat. Dieser Grund besteht darin, daß vor der That der Wille nicht ersichtlich ist. Erst in der That vermag der Wille sich rechtliche Achtung zu erwerben. Im römischen Rechte kommt nur ein Ausnahmsfall des Respectirens der nuda voluntas vor, das Erlöschen eines Legates, si constat testatorem legaturum non fuisse, wenn auch der Wille des Testators in keinem Worte oder Werke Ausdruck gefunden hat und nur ein überwiegendes Motiv zur ademptio legati feststeht. Dieser Ausnahmsfall hat zum Grunde die Achtung vor dem

Willen des Verstorbenen, auch wenn der zufällig dazwischen getretene Tod die Kundgebung des Willens durch die That verhindert hat. Bei dem Besitzerwerbe dagegen ist der nicht zur That gewordene Willen dunkel und gleichgültig, und zwar muß die That des Besitzerwerbers in einer für seinen Willen schlüssigen Verfügung über die Sache bestehen. Ein sonstiges Wort oder Werk, aus welchem die Absicht hervorgeht, demnächst über die Sache zu verfügen, genügt nicht. Die Absicht liegt vor der That und läßt das Nachfolgen der That noch immer ungewiß. Die kundbare bloße Absicht der Zueignung braucht ein Dritter nicht zu respectiren. Ich kann das von einem Dritten verfolgte und selbst schon verwundete Thier für mich vorweg erlegen.

Es wird später näher der Satz vertheidigt werden, daß ich den Besitz erworben habe, sobald die gegenwärtige Ortsbestimmung meine That ist. Der mechanische Causalitätszusammenhang kann die verschiedensten Erscheinungsformen durchlaufen bis zu dem Grade, daß eine mechanische Action des Erwerbenden überall nicht zu Tage tritt und nichts desto weniger das zeitige Ortsschicksal der Sache auf seinen Willen zurückzuführen ist. Der Erwerbende ergreift entweder die bewegliche Sache mit der Hand, bestimmt mechanisch ihren Aufenthaltsort, selbstverständlich, da er für die Zukunft besitzen will, mit zweckmäßiger Wahl (custodia); oder er ordnet sich den Willen desjenigen, der bislang zu eigenen Zwecken den Ort der Sache bestimmte, als Werkzeug unter, so daß die zeitige Ortsbestimmung als seine indirecte That erscheint; endlich kann auf mein Geheiß von Tradenten die Sache in meinem Gesichtskreise niedergelegt, die von Tradenten getroffene Ortswahl — Bergung in Scheuern, Schichtung des Holzes, Niederlegung der Balken — von mir durch Entgegennahme der Schlüssel, Bestellung einer Wache, Zeichnung der Balken als meine Ortswahl mir angeeignet werden.

Letztartige Besitzerwerbungen bezeichnet Labeo als animo geschehend. Wenn man aber den Begriff des corpus vom mechanischen Stoß zur ortsbestimmenden Handlung erweitert, dann erscheint das Erforderniß des corpus als durchgehend.

Diese Erweiterung haben die römischen Juristen noch nicht vorgenommen. Das Erforderniß des corpus beruht bei ihnen auf dem Satze, daß der Willen vor der That dunkel bleibt; corpus bedeutet die äußere Bewegung und Thätigkeit, in welcher Willensdetermination hervortritt. Da sie unter corpus aber nur positive ortsbestimmende Handlungen verstanden, dabei aber wohl merkten, daß auch das Belassen, das Nichtverfügen, während man verfügen kann, für den Willen hinreichend significativ werden kann, so kommen sie dazu, in letzteren Fällen ein animo apisci possessionem zuzugeben.

Bei Grundstücken hat die Ortsbestimmung viel engere Grenzen, als bei beweglichen Sachen, eben weil Grundstücke unbeweglich sind. Sie beschränkt sich auf die Bestimmung, wer in dem Grundstücke sich aufhalten soll. Befindet sich Niemand, wenigstens Niemand mit Besitzwillen im Grundstücke und ist diese Leerheit causal auf den Willen des Tradenten zurückzuführen, dann genügt nach fr. 18 §. 1 de poss. die demonstratio de turre, um nach Weichen des Tradenten, die Leerheit

feren causal auf des Empfängers Willen zurückzuführen. Der Blick ist die That. Das Erforderniß des corpus wird im weiteren Verlaufe in mehrfachen Sätzen sich zeigen; in den Sätzen nemo causam possessionis mutare sibi potest; cogitatio non est contrectatio, constitutum possessorium ist kein Vertrag und durch Vertrag geht kein Besitz über. Corpus ist dabei kein Theil des Besitzthatbestandes, sondern nur ein nothwendiger Schlüssel und die nothwendige Außenseite des animus.

Das Erforderniß des corpus wird von den römischen Juristen aufgestellt, um den Besitzbeginn zu bestimmen. Für den Besitzstreit ist der Besitzbeginn gleichgültig und nur die Frage von Bedeutung, welche von den Parteien zur Zeit des Besitzunrechtes besaß. Eine Präsumtion für die Fortdauer des einmal begonnenen Besitzes ist eben so wenig zuzugeben, als die Vermuthung für das Fortleben eines Menschen, dessen Geburt bewiesen ist. Die gegnerische Behauptung des Besitzverlustes hat nicht die Natur einer Einrede, sondern die in dieser Richtung angeführten Thatsachen haben nur die Bedeutung, daß sie die Concludenz der jenseits für den gegenwärtigen Besitzthatbestand — Macht und Willen — angeführten Facta schwächen oder vernichten; ihr Beweis ist somit directer Gegenbeweis, nicht Einredenbeweis. Eine Einrede ist nur denkbar, wenn wir zunächst den Besitz auf der Gegenseite zugeben müssen aber denselben als einen uns gegenüber fehlerhaften rügen. Der Ausspruch des Paulus in fr. 153 de R. J., im letzten Theile wiederholt in fr. 8 de poss., geht von einer schiefen Voraussetzung aus, indem er die Beendigung eines Rechtes in hypothesi, des Forderungsrechtes, durch eine hypothesis contraria, die liberatio, mit der Beendigung des Besitzes vergleicht.

Paulus will in seinem Satze einen Weg anzeigen, wie man aus der Begründungsweise von Rechten die Beendigungsart derselben finden könne. Er sagt, man solle sich einen Act suchen, welcher möglichst dem Begründungsacte entgegengesetzt ist, das heißt einen solchen Act, dessen Beurtheilung in der einen Weise, wenn sie richtig ist, die Falschheit und Unmöglichkeit einer Beurtheilung in der anderen Weise möglichst klar hervortreten läßt. Der conträre Gegensatz zweier Urtheile besteht darin, daß aus der Wahrheit des einen die Falschheit des anderen folgt, aber nicht umgekehrt. Conträr ist das möglichst Unähnliche derselben Gattung, dasjenige was bei der Umfassung durch dasselbe Band möglichst weit von einander absteht. Der römische Jurist dachte an die Gegensätze von Binden und Lösen *), spondere und acceptum ferre, Hingeben und Rückgeben. Für den Besitz würden solche conträre Acte sein Ergreifen und Wegwerfen, Hineingehen und Hinausgehen, Eindringen und Hinausgeworfenwerden. Der Fassung des Besitzwillens und der Bethätigung dieses Willens durch einen Act der Zueignung steht als möglichst unähnliches Gegenstück unter den Besitzhandlungen gegenüber das Aufgeben des Willens und dessen Bethätigung durch eine dem Erwerbsacte möglichst unähnliche Handlung. Wenn nun Paulus sagt, quibus modis obligamur, acquirimus, iisdem in contrarium actis liberamur, amittimus,

*) fr. 35 de R. J.

so muß er auf animo et corpore acquirimus auch animo et corpore in contrarium actis amittimus folgen lassen und kann das utrumque nicht für alterutrum genommen werden. Die Verweisung auf den möglichst unähnlichen Rechtsact ist an sich ein schlechtes Indicium, da man conträre Gegensätze auf die verschiedenste Weise bilden kann, Geben und Empfangen, Geben und Wegnehmen rc., ein bestimmtes Resultat mithin nicht geliefert wird. Die Aufsuchung von conträren Gegensätzen bleibt eine unfruchtbare Spielerei. Falsch aber ist die Verweisung, wenn der conträre Act als der einzig mögliche Aufhebungsmodus prädicirt wird. Für die Obligationen müßte man alsdann die befreiende Wirkung von Erlaß, Verjährung, Confusion leugnen. Ich trage deßhalb kein Bedenken, diesen Ausspruch des Paulus, welcher in demselben einmal höhere Jurisprudenz über die Symmetrie des Rechts treibt, als wenn er für die dogmatischen Jahrbücher hätte schreiben wollen, als schief und unmaßgeblich bei Seite zu schieben. Mit Lenz anzunehmen, daß der Ausspruch auf das zusammen Stehen und zusammen Fallen von Macht und Willen gehen, ist nicht zulässig, da corpus nicht Macht bedeutet.

Einen ähnlichen dunkeln und unzutreffenden Vergleich zwischen Obligation und Besitz bringt Papinian fr. 46 h. t.

Ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo retinetur.

Wenn — dies ist der Sinn — eine Obligation verbis entstanden ist, dann folgen verba, um sie aufzuheben (versteht sich in gewöhnlichem Laufe der Dinge); und so soll auch, wenn possessio solo animo retinetur der animus ein anderer werden müssen — durch die scientia alium ingressum esse und das Sichberuhigen — wenn der Besitz verloren werden soll. Der Vergleich — quaeri und retineri — hinkt überaus und wird der zweite dem Besitzrecht angehörige Satz aus diesem und nicht aus dem Obligationenrecht abgeleitet werden müssen.

Unter dem Ausdrucke possessionem corpore amittere versteht Savigny das Aufhören seines körperlichen Verhältnisses.

Wenn man unter corpore acquirere die erste Ortsverfügungshandlung zu verstehen hat, dann muß man unter corpore desinere possidere eine solche Verfügung über die Sache verstehen, welche den Willen nicht ferner besitzen zu wollen documentirt. Dies ist denn auch ausgesprochen in fr. 44 §. 2 de poss. Nam ejus quidem quod corpore nostro teneremus possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo ex animo inde digressi fuissemus, ne possideremus. Dem ingredi als Erwerb corpore ist hier das digredi als Verlust corpore entgegengesetzt.

Als allgemeines Erforderniß der Besitzbeendigung ist eine Aufgabehandlung, abgesehen von jener Stelle des Paulus, nicht aufgestellt worden und konnte nicht aufgestellt werden.

Neben und mit der Macht stellt sich uns als das Beharrende ein gewisser Willensinhalt dar. Das Dauernde im Wollen ist Vorstellung. Es klingt seltsam, daß die subjective Vorstellung zum Thatbestande eines

Rechts gehören, daß ein Recht sich auf eine innere durch Willkür geschaffene Thatsache stützen solle. Es wird damit Dritten eine Achtung fremden Seelenlebens aufgezwungen. Das Auffallende verschwindet jedoch, wenn wir bedenken, daß auch die inneren Thatsachen, die Welt der Vorstellungen, an das Gesetz der Causalität gebunden sind, daß das Vorhandensein der inneren Thatsachen durch die Zeichensprache der Handlungen constatirt sein muß und daß die innere Production einer rechtlichen Controle dahin unterliegt, ob sie auf Grund einer richtigen Auffassung der äußeren Welt, unter correcter Annahme des Machtverhältnisses vor sich gegangen ist.

Die Römer nennen diese Vorstellung animus possidendi, possessionis, possidentis; auch propositum und affectus possidendi.

Wenn wir den Seelenzustand eines in hypothesi Berechtigten untersuchen, eines Eigenthümers oder Pfandgläubigers, dann bildet die Vorstellung der hypothesis, zum Beispiel der traditio ex justa causa, einen Theil der Gesammtvorstellung, wie er sich sein Verhältniß zur Sache denkt. Diese Beziehung auf eine hypothesis wird in den meisten und regelmäßigen Fällen auch der Herrschaftsvorstellung des Besitzers beiwohnen. Während ich aber bei Bethätigung meines Rechtes in hypothesi, welche in thesi sich stets als ein Unrecht darstellen würde, erst vor dem Richter die objective Richtigkeit meiner desfallsigen Vorstellung darlegen muß — nemini jus sibi dicere licet — wird von mir bei Durchsetzung meines Besitzwillens mit oder ohne Gericht die Darlegung der etwa von mir gedachten hypothesis nicht erfordert. Hieraus folgt, daß es für den Besitz ganz gleichgültig ist, was ich über mein dingliches oder obligatorisches Verhältniß zur Sache denke. Der Besitzesschutz ist nicht etwa die Vorstellung des Herrseinwollens gegen das Recht in hypothesi eines Dritten, also dem Diebe oder Räuber zugesagt; bei der Durchsetzung des Besitzwillens mit oder ohne Gericht schwebt indessen ein erst im weiteren Verfahren zu lösendes non liquet über dem Gestohlensein. Andernfalls würde man dem in hypothesi Berechtigten die directe eigenmächtige Durchführung seines Rechts, also dem Bestohlenen die Feststellung des Diebstahls gestatten und ihm erlauben, Jemandem, den er für den Dieb hält, Gewalt anzuthun, darnach aber richterlich prüfen, ob Alles in der Ordnung zugegangen.

Die Herrschaftsvorstellung besteht mithin darin, daß man die Verfügung über die Sache als lediglich von dem eigenen, nicht dem Willen eines Dritten unterworfenen Willen abhängig denkt. Nur eine Willensunterwerfung darf nicht stattgefunden haben. Diese ist nicht ein Vertrag, welcher bestritten werden kann und bei welchem mithin der Berechtigte vor dem gerichtlichen Nachweis der hypothesis seines Rechts, nicht eigenmächtig sein Vertragsrecht durchsetzen darf. Sie ist vielmehr nur eine Anerkennung der realen Machtverhältnisse, eine Anerkennung, daß der Detentor bezüglich dieser Sache nur ein nicht selbst wollendes, inspirirtes Organ ist, mithin Anerkennung einer inneren Thatsache des Detentors, welche das Vorhandensein des Herrschaftwillens in dem Detentor wegen Präsumtion seiner Treue ausschließt, und dessen Conception als einen Angriff erscheinen läßt.

Mit gewissen Rechtsverhältnissen, Miethe, Commodat ꝛc. war eine solche Willensunterwerfung nach den römischen Quellen in üblicher Weise verbunden. Diese Verbindung war jedoch nicht Folge eines Rechtssatzes, sondern einer thatsächlichen Volksanschauung, welche danach bei Superficies und Emphyteusis sich lockerte. Das Pacht- und Miethrechtsverhältniß wurde aber allerdings durch die übliche Willensunterwerfung der Pächter und Miether beeinflußt und deren rein obligatorisches Recht danach geregelt. Daraus folgt alsdann, daß wer ein Pächter nach römischen Rechtssatzungen sein will, dann auch allemal den Detentionswillen haben muß.

Wenn ich gesagt habe, daß es nur auf die nackte Herrschaftsvorstellung ankomme, so ist damit der Zweck, welchen die Besitzer bezüglich seiner Herrschaft im Auge hat, für gleichgültig erklärt. Einen Zweck verfolgt natürlich der Besitzer mit seiner Herrschaft stets. Meistens geht derselbe auf den ausschließlichen Genuß sämmtlicher ökonomischer Functionen; die Sache wird ganz als Mittel für die Zwecke des Besitzers gesetzt. Eine solche Vorstellung wird auch dem Eigenthümer beiwohnen. Von einer Absicht, Eigenthum an der Sache auszuüben, sollte man indessen nicht reden.*) Das Motiv, weßhalb wir überhaupt mit der Sachenwelt uns abgeben, ist die durch den Gebrauch und Verbrauch hervorgerufene Lust. Garantirt uns das Recht die Freiheit der betreffenden Handlungen, dann ist solche Garantie, das Eigenthum, für uns nur Mittel, um zum Genuß zu gelangen; aber selbstverständlich ist der Genuß, nicht aber der Weg zu demselben Motiv. Motiv, Absicht, Zweck ist dasselbe von verschiedenen Seiten betrachtet.

Zur Besitzesvorstellung ist keineswegs nöthig, daß man die Sache ausschließlich als Mittel für eigene Zwecke setzt. Man kann nur einen beschränkten und zeitweiligen Gebrauch für eigene Zwecke beabsichtigen, wie der Superficiar und Pfandbesitzer, ja man kann, wie der Sequester, die Bestimmung der Sache für fremde Zwecke ausdrücklich anerkennen und doch Besitzer sein wollen. Solche Besitzer mag man Prodomini nennen, da sie die rechtliche Fremdheit der Sache anerkannt haben. Ihr gegenwärtiger Besitzwillen wird durch ein solches Anerkenntniß nicht berührt. Der Unterschied zwischen ihnen und den Detentoren besteht darin, daß sie sich nicht einem lebendigen sich selbst bestimmenden Willen unterworfen haben, sondern nur einem Rechte in hypothesi. Die Voraussetzung desselben, conditio reddendi, muß ihnen erst nachgewiesen werden, um Macht über sie zu erlangen. Bis dahin ist ihr Verfügungswillen höchstens ein bedingt widerrechtlicher, nicht ein in thesi widerrechtlicher. Sie können außerdem der gegen sie geltend gemachten hypothesis mit einer anderen hypothesis begegnen, während Detentoren erst einmal gehorchen müssen und nicht ohne Weiteres aus ihrer Rolle als Organ in die Rolle des selbstständigen Wollens hinüberschlüpfen dürfen.

Der Ausgangspunkt, von welchem ich zu der hier vorgetragenen Lehre gelangt bin, findet sich in dem Bruns'schen Satze (Recht des Besitzes

*) Savigny S. 107.

im Mittelalter §. 58): „das Factum des Besitzes wird, weil es factisches Dasein des Willens ist, des allgemeinen Rechtes des Willens wegen gegen Gewalt geschützt". Hiermit ist gesagt, daß der Besitzwillen nur vorhanden zu sein braucht, um geschützt zu werden, ebenso wie der Willen zu leben und zu athmen. Die Bezeichnung „allgemeines Recht des Willens" bedarf der Begrenzung. Der Ausdruck „allgemein" will besagen, daß man besondere Voraussetzungen der Berechtigung im einzelnen Falle nicht aufzusuchen braucht. Unter Abstraction von allen speciellen Voraussetzungen können wir aber den Willen nur dann als von vornherein berechtigt anerkennen, wenn sein Inhalt allein ihn ohne Weiteres unter gesetzlichen Schutz stellt, ein Vorzug, den nicht jeder Willen, welchen Inhalts er auch sein mag, genießt. Geschützter Willen ist Recht und die Fälle des voraussetzungslosen Schutzes ergeben uns die jura in thesi. Der Gegensatz, jus in hypothesi, findet sich bei Bruns nicht hervorgehoben, und gerade aus diesem hoffe ich viele Aufklärungen zu schöpfen.

Ihering's Theorie: „der Besitz eine Eigenthumsposition" richtet sich durch das Zugeständniß dieses Autors, er könne zwar Eigenthum ohne Besitzschutz nicht denken, wohl aber Besitzschutz unter Streichung der gesetzlichen Bestimmungen über Eigenthum. Wenn man das Eigenthumsrecht ganz hinwegdenken kann, dann kann man den Besitz nicht als die Thatsächlichkeit des Eigenthums unter gesetzlichen Schutz stellen. Der Richter braucht bei Entscheidung der Besitzcontroverse von dem Sachen- und Obligationenrecht gar nichts zu wissen. Die auf Begründung derartiger Rechtsverhältnisse abzielenden Geschäfte kommen im Besitzesstreit nur insoweit in Betrachtung, als sie ein gewisses Licht auf die Vorstellungsweise des Prätendenten werfen. Sie dienen nur als Illustration und bleiben in ihrer eigentlichen rechtserzeugenden Function unbeachtet. Alle einzelnen Handlungen und Thatsachen haben bei der Besitzesfrage nicht selbst irgend welchen juristischen Effect, sondern dienen nur als Anzeichen, aus denen man den eigentlichen Thatbestand, die Vorstellung, construirt. Die körperliche Einwirkung der Person auf die Sache veräußerlicht, was sie denkt. Das Machtbewußtsein zieht der Besitzwillen, soviel die Concurrenz Dritter anbelangt, schon aus dieser Veräußerlichung, welche den Dritten Respect vor fremder Lebensaction auferlegt und nur, soweit es sich um Concurrenz von sachlichen und elementaren Kräften handelt, hat das Machtbewußtsein deren dauernde Besiegung zur Voraussetzung. Gegenüber der Natur giebt es kein Uti possidetio.

§. 2. Das Recht der Selbsthülfe.

Leben heißt unseren Vorstellungen gemäß handeln. Bei der Uebersetzung unserer inneren Welt in die äußere Welt stoßen wir auf mannichfache Hindernisse. Die Mittel zur Ueberwindung bestehen immer in körperlicher Kraft — keine Handlung ohne Bewegung. Nur sind wir nicht auf die Kräfte unseres eigenen Körpers beschränkt, sondern eine geringe Kraftanstrengung von uns kann elementare Kräfte oder Kräfte anderer Personen in unserem Dienste entfesseln.

Die Vorstellungskreise der Personen sind nicht so harmonisch, als wenn sie in einem Kopfe gewachsen wären. Sie treten mit einander in Widerspruch. Der Widerspruch besteht darin, daß irgend ein räumliches Verhältniß von Körpern verschieden zu bestimmen beabsichtigt wird. Da solches aber gleichzeitig unmöglich ist, so entsteht der Kampf, der nach dem Maß der Kräfte sich entscheidet.

Um diesen Kampf zu beseitigen, legt sich das Recht allen Subjecten als Norm ihres Wollens auf. Wenn alle Vorstellungskreise nach Maßgabe des Rechtes sich bestimmten und kein thatsächlicher Irrthum stattfände, dann würde Harmonie herrschen und ein Streit auf der Erde ebensowenig möglich sein, als wenn nur ein Mensch dieselbe bewohnte. Im Rechte sind die verschiedenen Vorstellungskreise in Uebereinstimmung gebracht, die zu verwirklichenden Vorstellungen begrenzt, aber auch gleichzeitig ihre Verwirklichung garantirt. Damit sind dieselben zum rechtlichen Dürfen erhoben und ist jedes widerstreitende Wollen für rechtswidrig erklärt.

Brinz Pand. §. 66 unterscheidet Dürfen und Können und versteht unter Letzterem die rechtliche Macht, durch Handlungen — Rechtsgeschäfte — die Entstehung oder Aufhebung vom Rechten zu bewirken. Die Veränderung in mero jure kann nun aber niemals Finalzweck, sondern nur Mittelzweck sein, enthält mithin nicht die Endverwirklichung, sondern nur ein Mittel derselben. Wenn mir das Recht garantirt, daß ich eine Sache, wo dieselbe sich auch befinde, unter meine Herrschaft ziehen und frei über dieselben schalten kann, so ist neben diesem Dürfen mein Können der Eigenthumsübertragung nicht ein besonderes Recht, sondern nur ein Mittel um den Zweck meiner Eigenthumsvorstellung zu erreichen. Ist die Definition des Rechts im subjectiven Sinne als garantirter Willen, Wollendürfen, richtig, dann kann das Brinz'sche Können nicht Inhalt eines Rechtes sein, da man die Veränderung in jure, welche an sich keinerlei Lust befriedigt, nicht als Final gewollt, sondern nur als ein dem Wollen-

dürfen gewährtes Mittel zur Realisation betrachten muß. Die Bethätigung des Könnens enthält mithin nur eine bestimmte Ausführung des Dürfens, bei welcher der ideelle Effect, die Bewegung in mero jure, nicht auf Hindernisse stoßen kann, wie die reelle Bethätigung des Dürfens durch Herrschaftsacte über Personen oder Sachen. Mag man nun auch testamenti factio, alienandi, obligandi, emancipandi facultas Rechte nennen, so muß man doch nicht vergessen, daß die Garantie dem Herrschaftswillen — über die eigene oder über andere Personen, über eigenes oder fremdes Vermögen — zugestanden und daß die Rechtsgeschäfte nur eine ideelle Ausübung der Herrschaft durch rechtliche Selbstvernichtung derselben ist. Stets wird von der einen Seite ein Zweig der Herrschaft aufgegeben, von der anderen Seite gewonnen. Wenn ich mich obligire, gebe ich die Herrschaft über mein Vermögen in gewisser Beziehung auf, wenn ich mich verheirathe über meine Person. Diese Verwerthung und Verfügung über die eigene Herrschaft im Rechtsgeschäfte kann nicht als besonderes Recht neben der Herrschaft unterschieden werden.

Wir haben also festzuhalten, daß das Wollendürfen, der Inhalt eines jeden Rechtes, auf eine räumliche Herrschaft über Personen und Sachen hinausläuft. Die Erzwingbarkeit ist ein nothwendiges Attribut dieses Inhaltes und es giebt nichts Erzwingbares als das räumliche Verhältniß.

Unter den verschiedenen Arten des Dürfens ist ein Unterschied zu machen. Entweder wird dasselbe an einen actuellen persönlichen Zustand oder an ein vom Rechte selbst voraus bestimmtes Geschehensein oder Gethanhaben geknüpft. Ersteres Dürfen von vornherein ohne jedwede historische Voraussetzung besteht in dem freien Gebrauch unserer körperlichen und geistigen Kräfte, ferner aber auch in der Heranziehung der Sachenwelt zu unserem Gebrauche. Die von uns als zu verwirklichend gehegten Vorstellungen reichen in die Zukunft hinein; wir leben nicht bloß dem Augenblicke. Deshalb wird nicht nur der momentane Gebrauch von uns beabsichtigt, sondern die Sache dauernd als Mittel für unsere Zwecke gesetzt. Während bei den res in publico usu positae nur der augenblickliche Gebrauchswillen, so hat bei den dem Commercium frei gegebenen Sachen die auf die Zukunft gerichtete Herrschaftsvorstellung rechtlichen Schutz zugesagt erhalten.

Die Sachenwelt ist damit zum Tummelplatz aller Aneignungsgelüste gemacht. Der hierin liegende Anlaß zum Conflict wird dadurch beseitigt, daß der Prävention der Vorzug ertheilt wird. Wir sollen keine Herrschaftsvorstellung concipiren im Widerspruch mit einer schon bestehenden. Das Schonbestehen ist freilich an der Sache nicht sichtbar, daneben aber auch nicht etwa lediglich durch die Selbstanschauung des Herrschaftsprätendenten erforschbar, sondern in dessen Thaten als der Zeichensprache für seinen inneren Zustand äußerlich ausgeprägt.

Im rechtlichen Dürfen liegt mit Nothwendigkeit die Befugniß zur Anwendung aller Mittel, welche erforderlich sind, um unsere erlaubte und garantirte Vorstellung zu verwirklichen. Ein jeder active und passive Widerstand Dritter ist widerrechtlich.

Wollte man nun aber die gewaltsame Durchführung aller unserer Rechte gestatten, dann würden alle Gewaltthaten erlaubt werden, bei

denen nicht nachzuweisen ist, daß der Gewaltübende in bösem Glauben oder in schuldvoller Richterkenntniß seines Rechtes gehandelt hat, denn den unverschuldeten thatsächlichen Irrthum muß man doch wohl freigeben. Die subjective Rechtsanschauung würde an Stelle des richterlich als objectiv richtig erkannten Rechtes gesetzt werden.

Denkbar ist es, daß die Gesetzgebung in einer Zeit von starkem subjectiven Rechtsgefühl, im Bewußtsein, den sofortigen Uebergang zur That doch nicht wehren zu können, die gutgläubige Gewalt gestattet, erst hernach die Rechtsgrenzen objectiv feststellen läßt und je nach Ausfall der Sache die gutgläubige Gewalt ratihabirt oder verwirft.

Die römische Rechtsentwickelung hat indessen ihren Abschluß in dem Gebote gefunden, daß die Voraussetzungen eines jeden Rechtes in hypothesi vom Richter festzustellen sind und daß auch alsdann als Mittel zur Realisirung nicht private Gewalt, wie solche wahrscheinlich zur Zeit der Legisactionen noch dem siegreichen Eigenthümer erlaubt war*), sondern ausschließlich gerichtliche Hülfe gesetzt wurde.

Dieses Verbot der Selbsthülfe, der Realisirung eines Dürfens durch Gewalt, das heißt durch eine mittelst physischen Kräfteübergewichtes über den widerstrebenden Gegner oder mittelst des geistigen Einflusses der Bedrohung mit Gewalt durchgeführte Ortsbestimmung greift überall Platz, sofern das zu realisirende Recht historische, in der Vergangenheit liegende Thatsachen zur Voraussetzung hat.

Vergleichen wir nun das jus in thesi mit dem jus in hypothesi, dann wird sich die Nothwendigkeit einer verschiedenen Behandlung zeigen.

Beim Suchen nach Beispielen von unbedingten Rechten stoßen wir auf die in jus vocatio und operis novi nuntiatio. Ein jeder Bürger kann den anderen zur Folge ins Gericht und zur Sistirung eines Baues bis auf weitere gerichtliche Anordnung veranlassen. Seine Befugniß ist nicht davon abhängig, ob er einen begründeten Anspruch oder ein jus in hypothesi prohibendi hat, sondern steht ihm von vornherein als Bürger zu — omnes cives nuntiare possunt. Da mithin gar keine thatsächliche Schwierigkeit, ob ein Befugniß vorhanden, zu klären ist, so folgte für die Römer der Schluß, daß beim Widerstande, si in jus vocatus calvitur pedemve struit, oder wenn dennoch fortgebaut wird, sofort zur Gewalt geschritten werden kann.

In diesen Fällen konnte allerdings eine spätere Rechtsbildung die Selbsthülfe beseitigen, indem sie auch bei der Zugestehung des Dürfens in thesi die Mittel für die Ausführung auf die gerichtliche Hülfe — interdictum demolitorium, Pönalklagen oder Rechtsnachtheile gegen den Widerspänstigen in jus vocatus — beschränkt. Eine solche Begrenzung ist hier thunlich, da die Hülfe des Gerichts als Mittel zur Verwirklichung vollständig ausreicht; wir werden indessen finden, daß bei dem Besitze eine Beschränkung auf die gerichtliche Hülfe die Verwirklichung des Rechtes in Frage stellen würde.

Während ein bestimmter Rechtsausspruch die Befugniß zur in jus vocatio und operis nuntiatio mit der Eigenschaft als Bürger allgemein

*) Ziebarth Realexecution S. 60.

verbindet, ist der Satz, daß ein jeder Bürger besitzen dürfe, wohl selbstverständlich, nicht zum besonderen Ausdrucke gekommen. Wie wir vorher gesehen haben, ist das Besitzen ein geistiger Zustand, die Vorstellung, daß die Ortsbestimmung der Sache meine That ist und fürderhin sein soll. Dieser geistige Zustand entsteht und schwindet mit dem Machtverhältnisse.

Jeder zwischen Person und Sache sich schiebende active oder passive Widerstand alterirt das Machtverhältniß. Die unrechtmäßige Gewalt vernichtet, trotzdem sie unrechtmäßig ist, das Recht, indem sie die actuelle Basis desselben zerstört. Dies ist der Grund, weshalb hier nicht zwischen dem Dürfen und der Vollziehung die richterliche Feststellung eingeschaltet und die gerichtliche Hülfe als ausschließliches Mittel zur Realisirung auferlegt werden kann. Sonst müßte ich, sobald ich bei einer Besitzhandlung auf einen Widerstand Seitens eines Dritten stoße, mit der Ausübung meiner Herrschaft einhalten, damit den Thatbestand meines Rechts, die Macht, verloren geben, und alsdann eine Restauration beim Richter nachsuchen. Damit würde aber mein Recht in thesi zu einem nur in hypothesi gegen meinen Angreifer wirksamen, gegen alle übrigen Dritten aber unwirksamen Anspruche herabgemindert sein. Die Anknüpfung des Besitzrechtes an einen actuellen Zustand bewirkt, daß man hier entgegen der sonstigen Regel, aus dem Recht hinausgeworfen wird, de jure detruditur; die durch die Gewalt veränderte Sachlage erzeugte auch wechselnde Reflexe. Bei dem jus in hypothesi steht dessen Basis, die Vergangenheit, ewig still und unbewegt; die willführlichen Handlungen Dritter vermögen nicht die rechtlichen Consequenzen des Geschehenen in Frage zu stellen, hier gilt die Regel, daß de mero jure nemo detruditur.

Bei der Abhängigkeit des Rechtes von der Sachlage muß dem Besitzer gestattet werden, den actuellen Thatbestand seines Rechtes selbst festzustellen, jus sibi dicere, und denselben mit Gewalt aufrecht zu erhalten. Nur soll er hierbei nicht dolo — Hegung von Vorstellungen, die man nicht hegen soll, Begehren fremden Besitzes — und nicht culpa — Nichthegung von Vorstellungen, die man hegen soll — verfahren, und auch nur in dem durch die Realisirung seines Rechts erforderten Maße Gewalt anwenden. Da aber der Besitz nicht ein körperliches Verhältniß ist, welches unmöglich bei zwei Leuten zugleich stattfinden kann, sondern ein geistiger Zustand, so bleibt die Möglichkeit des gewaltsamen Conflicts von zwei Herrschaftsprätendenten, welche beiderseitig im besten Glauben sind, ein unvermeidliches Uebel.

Die Gefahr liegt vor, daß durch solche Privatfehde die öffentliche Ruhe und Ordnung in Mitleidenschaft gezogen werde. Um dies zu vermeiden, wurde ein gewisser Comment vorgeschrieben. Convocari homines propter controversiam possessionis non oportet, armari multitudinem juris retinendi causa non convenit.*) Die Folge des Verstoßes gegen dieses den Kampf in gewisse Grenzen hineinleitende Gebot war eine doppelte, eine civilrechtliche und eine strafrechtliche. Ueber die später antiquirte civilrechtliche Folge haben wir nur das Zeugniß in Ciceros Rede pro Caecina. Ostendo ex hoc interdicto De Armatis

*) Cicero pro Caecina cap. XI.

Hominibus, qui possit ostendere non possedisse eum, qui dejectus sit, condemnari sponsionis tamen necesse est, si fatearis esse dejectum. Dupliciter homines dejiciuntur aut sine coactis armatisve hominibus aut per ejusmodi rationem aut vim. Ad duas dissimiles res duo devincta interdicta sunt. In illa vi quotidiana non est satis docere, se dejectum, nisi ostendere possit, cum possideret, tunc dejectum, ne id quidem satis est, nisi docet ita se possedisse, ut nec vi nec clam nec precario possederit . . . . Hunc vero qui ab jure, officio, bonis moribus ad ferrum, ad arma, ad caedem confugerit, nudam in causa destitutumque videtis, ut qui armatus contendisset inermis plane de sponsione certaret. Auch im Dejectionsprocesse kann die Frage aufgeworfen werden, uter tempore dejectionis potius possederit, weil danach die dejectio sich möglicher Weise als rejectio gestaltet. Wenn nun Jemand coactis armatisve hominibus den Sieg errungen hat, dann soll diese Frage zu seinen Ungunsten beantwortet werden, der Mißbrauch läßt das Recht negiren. Damit ist aber die Besitzfrage zugleich zu Gunsten des Gegners beantwortet, mag dessen Herrschaftsvorstellung auch an den wesentlichsten Mängeln leiden. Es kann ihm vis, clandestinitas, precarium nicht weiter vorgeworfen werden. Der die relative Güte der widerstreitenden Herrschaftsbehauptungen der richterlichen Conjuction unterwerfende Zusatz „cum ego possiderem" wurde daher bei dem Interdict unnöthig, da die Herrschaftsprätensionen des armis dejectus von vornherein als die begründeteren anerkannt werden. Diesen bei Anwendung von Waffengewalt stattfindenden Ausschluß der richterlichen Feststellung, uter melius possederit, darf man übrigens nicht dahin auslegen, daß Besitz auf Seiten des mit Waffen Vertriebenen gar nicht erforderlich gewesen sei. Besitz ist im Besitzstreite stets ein relatives Recht; da die Sache aber nur dem Einen gegeben werden kann, so wird der vorzüglichere Besitz zum ausschließlichen Besitz vom Richter erklärt. Die Worte „cum possiderem" bedeuten mithin „cum potius possiderem," das potius possidere erscheint als possidere schlechtweg. Nur die Frage über die relative Güte konnte bei dem Interdictum de hominibus armatis bei Seite gesetzt werden, nicht die Frage nach dem Besitze überhaupt. Das Kriterium desjenigen Unrechts, welches durch die Besitzklagen gesühnt werden soll, besteht darin, daß dem Herrschaftswillen Gewalt angethan sein muß. Richtete sich die Gewalt gegen eine andere Vorstellung, bin ich zum Beispiel als Gast auf dem Landgute meines Freundes mit Waffengewalt hinausgeworfen, dann bin ich vielleicht injuriirt, aber sicher nicht dejicirt. Ein Detentor steht allen Dritten gegenüber nicht anders da, als ein Gast. Er ist für seine Person in gar keine rechtliche Synthese mit dem Grundstücke getreten; höchstens im Namen seines Herrn kann er klagen.*)

Ein gegen ihn gerichtetes Unrecht kann deshalb auch gar nicht die Verbindung von Person und Sache treffen. Klagt ein mit Waffen dejicirter Colon gegen den Eindringling, dann könnte dieser zwar, wenn er überhaupt einen Besitzwillen vergewaltigt hätte, dessen relative Güte und

*) l. c. C. Th. Unde Vi 4, 22.

Fehlerlosigkeit nicht bemängeln. Er kann jedoch seine Legitimation bestreiten und die Dejection, den Sieg im Kampf um die Sache, überhaupt leugnen, die doch immerhin ein Erforderniß auch bei Interdictum de hominibus armatis geblieben ist. Wie könnte auch die Besitzesrestitution an Jemanden, der gar nicht besessen hat, das dem Besitzer geschehene Unrecht sühnen?

Nach Wegfall dieser civilrechtlichen Folge der Waffenanwendung mit Außerkraftsetzung des interdictum de vi armata konnte dieselbe im Justinianischen Rechte nur die Straffolgen der Lex Julia de vi publica nach sich ziehen und auch nach heutigem Rechte würde sie als Exceß der Nothwehr, da in unserem geordneten Staate die Aufbietung von bewaffneter Mannschaft die „erforderlichen" Mittel überschreitet, widerrechtlich und unbefugt werden und unter die je nach Art des Falles passende Strafvorschrift zu subsummiren sein. Die Grenzen der Gewaltanwendungserlaubniß bestimmen sich übrigens in vollständiger Harmonie mit den Quellen nach der hier vorgetragenen Theorie auf das Leichteste.

Die Vorstellung der Herrschaft über Grundstücke dauert fort, auch wenn inzwischen ohne unser Wissen Jemand das Grundstück betreten hat mit dem Willen, dort selbst den Herrscher zu spielen, da das unbewegliche Grundstück einen nicht zu entziehenden Kampfplatz für die Kräftemessung bietet. Mit dem Erfahren geht unser Machturtheil eine Krisis ein. Die Forteristenz desselben kann nur angenommen werden, wenn wir sofort unsere Macht zur Ortsbestimmung, wer auf dem Grundstücke sein soll, bethätigen, entweder indem wir die gerichtliche Besitzverwirrungsfrage dem Eindringling gegenüber aufwerfen und einen präjudiciellen Ausspruch über unser potius possidere erstreiten, oder indem wir den Eindringling herauszuwerfen suchen. Ist der letztere Kampf mit den bereiten uns zu Gebote stehenden Mitteln beendet, dann rechtfertigt die neue Sachlage nicht ferner unser Machtbewußtsein. Paulus V, 6 §. 7 sagt zwar: Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario impune dejicitur. Es überdauerte also nach seiner Ansicht, falls man nämlich unter der vis nicht lediglich ein vis praesens versteht, die Machtvorstellung des Dejicirten die Dejection, offenbar, weil man durch kein Unrecht in seinem Rechtsbewußtsein sich irre machen zu lassen brauche. Hiebei ist übersehen, daß die thatsächliche Basis mit dem Unrechte verändert ist, der Besitz demnach aufhören muß, da er von der actuellen Sachlage abhängt. Als denkendes Wesen kann der Entsetzte keine Machtvorstellung mehr haben, sondern nur den Wunsch nach Wiedererlangung der Macht. Diesem Anspruche ex hypothesi ist die private Feststellung und gewaltsame Durchführung nicht gestattet.

Bei den Mobilien muß das Herrschaftsbewußtsein als erloschen und damit der fernere Gewaltgebrauch unzulässig erscheinen, sobald der Ergreifer der Sache eine neue Ortsbestimmung gegeben hat. Während bei den Immobilien das ohne Wissen des Besitzers geschehene Eindringen in das Grundstück keine Sachlage schafft, welche unverträglich ist mit meinem Herrschaftsbewußtsein, facile ex pulsurus fluibus simulatque sciero, schafft die heimliche Wegnahme von beweglichen Sachen und die Leitung derselben in neue Bahnen ein mit dem Herrschaftsbewußtsein — das Wo?

der Sache meine That — vollständig in Widerspruch stehenden Zustand und eine irrthümliche Fortsetzung desselben, während deren übrigens eine Besitzcontroverse undenkbar ist, würde nur ein durch Irrthum unfreies Wollen sein.

Die Gewaltanwendungsbefugniß des Mobiliarbesitzers kann man jedoch nicht mit dem Augenblicke abschließen, in welchem die Sache von der Stelle bewegt ist. Bei jeder Beendigung des Besitzes gegen den Willen des Herrn, mag nun das gefangen gehaltene wilde Thier sich in seine natürliche Freiheit zurückflüchten oder mag ein Dritter die Sache in seine Gewalt ziehen, findet ein kritischer Zeitraum statt, in welchem das Machtbewußtsein, wenngleich gefährdet, doch noch dauert, und seine Bethätigung als eine Vertheidigung der Sache nicht als eine Anstrengung zur Wiedererlangung erscheint. Wir müssen das Machtbewußtsein und damit die Befugniß zur Gewaltanwendung so lange dauern lassen, als nicht die Sachlage eine mit demselben unvereinbare Gestaltung angenommen hat. Der Besitz an den in dem Flusse versunkenen Steinen, welche erst nachgehends — post tempus — gehoben werden ist allerdings verloren und wird der Besitzverlust auf den Augenblick des Versinkens zurückdatirt werden müssen, falls auf diese Zeitbestimmung etwas ankommen sollte. Macht indessen der Besitzer sofortige Anstalten zur Hebung und führen diese in ihrem Verlaufe zu einem guten Ende, dann war der Besitz niemals verloren. So wird man auch während des Wegschaffens einer Mobilie durch einen Dritten das Machtbewußtsein und den Gewaltgebrauch des Besitzers noch ein Weilchen anerkennen müssen, bis ein ferneres Festhalten der Herrschaftsvorstellung als ein Widerspruch mit den Thatsachen erscheinen müßte. Die Feststellung des äußersten Zeitpunktes nach diesem Princip hat seine praktischen Schwierigkeiten; man muß a momento ad momentum sich die Frage vorlegen uter potius possideat. Wie dem Eindringling in unbewegliche Güter gegenüber die Machtvorstellung des Herrn bis zum Wissen und bis zur Messung der Kräfte oder bis zum Verzicht auf eine alsbaldige Messung bestehen bleibt, weil ein Kampfplatz, wo nicht ausgewichen werden kann, gegeben ist, so muß man auch die Vertheidigung der beweglichen Sache gestatten, falls der Platz zum Kampfe um dieselbe durch die Handlung des Occupanten nicht schon völlig verlegt ist.*) Hiermit bleibt völlig vereinbar, daß, falls kein Kampf erfolgt, der Besitzverlust auf die erste Locomotion des Occupanten zurückdatirt wird, und daß auch der Diebstahl mit derselben als perfect erscheint.

Ueber die Gewaltanwendung gegen die Detentoren wird bei der Lehre von der Detention gehandelt werden, nur sei hier bezüglich der Detentoren beweglicher Sachen bemerkt, daß, da nur die gewaltsame Ortsbestimmung der S a c h e erlaubt ist, eine zunächst gegen die P e r s o n gerichtete Gewalt, wie der Zwang zur Herausgabe, nicht gestattet ist. Nur wenn der directe Griff auf die Sache ohne vorherige Gewalt gegen die Person möglich ist, wenn ich dem verliehenen Pferde in die Zügel fallen kann,

---

*) Deshalb wird auch das furtum manifestum bis dahin ausgedehnt, daß der Dieb die Sache eo pertulit quo destinaverat. Fr. 3 § 2 de furtis.

darf ich den Widerstand gegen die Durchführung meines Griffs überwältigen.

Die römischen Verbote der Selbsthülfe, das Decretum Divi Marci und die l. 7 C. Unde Vi treffen nicht die gewaltsame Rechtsausübung desjenigen, der sich für den Besitzer hält, sondern nur Fälle, in denen ein bewußter Nichtbesitzer, entweder die Prämissen seines Rechtes in hypothesi selbst unbefugt subjectiv feststellend, jus sibi dicens, oder ohne jede Absicht der Rechtsausübung den Besitz eines Anderen verletzt. Nach l. 3 C. Th. ad legem Jul. de vi publ. 9, 10 könnte es scheinen, als wenn bei stattgehabter Entsetzung der Richterspruch vim esse factam possidenti auch den gutgläubigen Besitzprätendenten den Strafen des crimen violentiae unterwürfe. Eine solche Auffassung wird aber durch die unmittelbar vorhergehende Constitution beseitigt, in welcher es heißt: „poena eum adstringat, qui vi possidentem dejicere voluerit." Das Erforderniß des dolus ist hier klar ausgesprochen.

Schließlich ist noch die Identität der gewaltsamen Durchsetzung des Rechtes in thesi, der erlaubten Selbsthülfe, mit der Nothwehr hervorzuheben.

Nach §. 53 des R. St. G. B. ist Nothwehr diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einen Andern abzuwenden.

Angriff ist eine körperliche Bewegung, ein Stoß. Derselbe kann eine Wirkung nur bezüglich des Seins im Raume eines anderen Körpers ausüben. Ferner liegt in dem Begriffe des Angriffs, daß durch denselben ein Sein im Raume*) alterirt werden soll, welches auf dem Willen eines anderen Subjects beruht. Es findet ein Conflict zweier irgend ein räumliches Verhältniß verschieden bestimmender Willen statt.

Nur eine von den beiden confligirenden Vorstellungen kann berechtigt sein, wenigstens muß, wenn das Zünglein in der Wage schwankt und beide Theile im besten Glauben ohne jeden Rechtsirrthum handeln, das Recht eine objective Lösung geben, dem Einen besseres Recht zusprechen, wenn auch dem Anderen kein subjectives Unrecht vorgeworfen werden kann.

Wenn nun das Strafgesetz sagt, diejenige Gewalt könne mit Gewalt zurückgewiesen werden, welche einen rechtswidrigen Angriff enthalte, so überläßt es damit die Feststellung der Rechtswidrigkeit, mithin des eigenen Rechtes, dem vermeintlich Angegriffenen. Selbstverständlich muß dieser die ihm damit überwiesene jurisdictio ohne Arglist und Fahrlässigkeit ausüben.

Ferner fordert das Strafgesetz einen gegenwärtigen Angriff. Dieser Zusatz würde recht überflüssig sein, wenn man damit hätte sagen wollen, daß eine künftige Gefahr zu gewaltsamen Präventivmaßregeln nicht ermäch-

*) Man redet zwar auch von Angriffen auf die Ehre ohne äußere Gewalt. Hier findet ein Conflict dahin statt, daß ein ideelles Sein verschieden bestimmt werden soll. Wie diese Bestimmung auf der einen Seite nicht durch körperliche Gewalt geschieht, so kann sie auch von der anderen Seite nicht durch körperliche Gewalt zurückgewiesen werden.

tige. Die Gefahr könnte doch nur in einer Cogitation des Dritten bestehen, eine Cogitation ist aber noch lange kein Angriff und würde es thöricht gewesen sein, wenn das Gesetz den Richter durch das gedachte Prädicat vor einer solchen Verwechselung hätte bewahren wollen.

Gewalt gegen den Angriff wird gestattet, weil der Angriff ein Unrecht ist. Durch das zu „rechtswidrigen Angriff" gesetzte Beiwort „gegenwärtig" soll bezeichnet werden, daß er ein gegenwärtiges Unrecht, die Aufhebung eines gegenwärtigen Rechtes sein muß. Der Angriff als mechanische Ortsbestimmung muß beabsichtigen ein räumliches Verhältniß anders zu gestalten, als es durch einen actuellen berechtigten Willen bestimmt wird. Dieser actuelle berechtigte Willen, welcher das gegenwärtige Sein im Raume bestimmt, ist aber das jus in thesi. Das Wollendürfen oder jus in hypothesi bestimmt nie ein actuelles Sein im Raume, sondern geht auf ein nach Klarlegung der Hypothesis vor dem Richter mit dessen Hülfe zu realisirendes Seinsollen. Der Pfandberechtigte, der Eigenthümer sollen, bei wem auch immer die Sache sei, dieselbe durch den Richter, sofern ihrem Rechte nicht freiwillig gehorcht wird, unter ihre Ortsverfügung erhalten; aber in ihrer alleinigen Eigenschaft als hypothetisch berechtigte ist die Ortsbestimmung nicht ihr actuelles Recht.

Nur der Angriff auf den Thatbestand eines actuellen Rechtes ist gegenwärtig rechtswidrig; das Zuwiderhandeln gegen ein bedingtes Recht färbt sich erst vor dem Richter als Unrecht und unterliegt erst dann der richterlichen Gewalt. Die Nichtadmission des Besitzers durch dessen Pächter enthält einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff, die Nichtadmission des Eigenthümers durch den Besitzer ein noch zweifelhaftes Unrecht.

Hiemit möchte die Identität von Nothwehr und erlaubter Selbsthülfe klar sein. Ich will nicht sagen, daß unserem Gesetzgeber dieselbe klar vorgeschwebt habe. Der Genius unserer Sprache hat ihn bei der Wahl seiner Ausdrücke geleitet. Die vielfachen Irrthümer, das Reden von Eigenthumsnothwehr, die gerade durch l. 7 c. unde vi verboten ist, stammen daher, daß man das jus in thesi nicht beachtete, unter Recht sich nur ein auf erweisliche historische Thatsachen basirtes Dürfen vorstellte. Dieses Verkennen rügt unser erster Classiker auf eine vortreffliche Weise:

> Jahre lang schon bediene ich mich meiner Nase zum Riechen;
> Hab' ich denn wirklich auf sie auch ein erweisliches Recht?

Das Recht zu leben, zu athmen, sich frei zu bewegen, den Körper in seiner Intregität zu erhalten, wird als Recht verkannt, weil es nicht in der Vergangenheit wurzelt und der Erweislichkeit nicht bedarf.

§. 3. Nemo sibi causam possessionis mutare potest.

Für den Detentor beweglicher Objecte ist die äußere Sachlage eine solche, daß sie ihn berechtigen würde, sich die Macht über den Gegenstand zuzuschreiben, wenn nicht die innere Thatsache des Unterworfenseins seines Willens unter den Willen eines Dritten ihn veranlassen müßte, den Letzteren und nicht sich selbst die Macht zuzuerkennen. Der Zustand der Willensunterwerfung ist aber für ihn willkührlich. In jedem Augenblicke kann er sich, freilich mit Verletzung seiner Treupflicht, emancipiren. Da diese Emancipation nur in einer Veränderung seiner Vorstellungen besteht, so könnte man denken, daß der Detentor, falls es seinen Interessen entspricht, behaupten könnte, nicht detinirt, sondern besessen zu haben und daß man alsdann dieser Behauptung über einen inneren, lediglich von seiner Willensentscheidung abhängigen und seiner Selbstanschauung erkennbaren Zustand Glauben schenken müßte.

Ein ferner denkbarer Fall, daß eine lediglich innere Willensentscheidung den rechtlichen Charakter eines Verhältnisses ändern könnte, ist folgender. Durch den Tod des Eigenthümers wurde dem Besitzer in bösem Glauben, wie jedem Dritten nach früherem Rechte, die Möglichkeit eröffnet, sich zum Erben aufzuwerfen, Erbschaftsgegenstände an sich zu nehmen und pro herede zu usucapiren. Die Aufwerfung zum Erben war Sache einer willkührlichen Willensentscheidung. Konnte nun nicht hernach der bösgläubige Besitzer behaupten, beim Tode des Herrn habe er sich für eine solche Erbschaftsunterwindung innerlich entschieden und seinen Besitz unter dieser gutgläubigen Vorstellung fortgesetzt? Diese Gelegenheit zur popularen Erbschaftsunterwindung bot überdies den einzigen Fall, in welchem es für den Detentor vortheilhaft sein konnte, zu sagen, er habe seit der Erbschaftsdelation nicht detinirt, sondern besessen, da er in allen übrigen Fällen durch eine solche Behauptung sich eines furtum geziehen haben würde.

Die Zulässigkeit, durch Berufung auf eine solche lediglich innere Willensänderung seine Rechte zu erweitern, ist verneint durch die Regel nemo sibi causam possessionis mutare potest. Savigny S. 83 scheint dieser Regel gesetzliche Kraft zuzuschreiben, er nennt dieselbe eine ganz positive Rechtsregel und nimmt mithin an, daß in dem Falle der Usucapio pro herede eine einseitige willkührliche Umwandlung in eine an sich rechtsgültige wirksame causa zuläßig gewesen sein würde, wenn nicht die responsa prudentium jener Regel gesetzliche Kraft verschafft hätten. Dem widerspricht aber schon von vornherein, daß Rechtsregeln

der römischen Juristen nur aus dem jus quod est abgeleitete und formulirte wissenschaftliche Wahrheiten enthalten. Lediglich der Charakter als Formel für eine auch ohne ihre Aufstellung vorhandene wissenschaftliche Wahrheit ist jener Regel zu vindiciren und solche Wahrheit selbst aufzusuchen.

Durch jene Regel soll ein auch verständigen Leuten leicht auftauchender Zweifel beseitigt werden. Der Thatbestand des Besitzes besteht in einem inneren Willenszustande der Person. Dieser wird freilich nur dann respectirt, wenn die äußere Sachlage das in ihm nothwendig enthaltene Machturtheil rechtfertigt. Nun kann aber die äußere Sachlage eine solche sein, daß verschiedene innere Willenszustände gleich gut denkbar sind. Wenn die populare Erbschaftsdelation stattgefunden hat, hängt es lediglich von dem Willen der Detentoren oder bösgläubigen Besitzer ab, ob sie sich zu Erben aufwerfen und in dieser Vorstellung künftig proprio nomine bezüglich bona fide besitzen wollen. Kommt nun nach dem Tode des Herrn ihr rechtliches Verhältniß zur Sache dritten Personen gegenüber zur Discussion, so kann es unterschiedlich vortheilhafter sein, als Usucapient pro herede oder als Detentor bezüglich malae fidei possessor zu gelten, jenachdem in der ersten Rolle der Zwang zur Erfüllung der Erbespflichten insbesondere zur Zahlung der Erbschaftsschulden zu fürchten ist, oder nicht. Die Wahl, je nach Vortheil die eine oder die andere Rolle für sich in Anspruch zu nehmen, kann nicht zugestanden werden. Es wird vielmehr durch jene Regel festgestellt, daß Detentoren und bösgläubige Besitzer in derjenigen Rolle als verharrend anzusehen sind, welche sie beim Tode spielten, wenn sie nicht durch eine sie unwiderruflich bindende äußere Handlungsweise in eine andere Rolle, deren Uebernahme ihnen ja freistand, eingetreten sind.

Unter causa possessionis wird diejenige Thatsache verstanden, welche die Vorstellungsweise des Detentors — die naturalis possessio ist unter dem Ausdrucke mitbegriffen*) — und des Besitzers über sein Verhältniß zur Sache bestimmt. Mithin bezüglich des bösen Glaubens der bewußt ungerechtfertigte Aneignungsact, bezüglich der Detention der Act des Miethens oder Leihens, in welchem sich die Willensunterwerfung ausspricht. Thatsachen können nicht ungeschehen gemacht werden; das zu Verändernde ist mithin die Vorstellung, die Wirkung der causa. Nun hat sich aber nicht die Möglichkeit der Veränderung der Vorstellung, des bösen Glaubens mit veränderter Sachlage, der Willensunterwerfung durch Entlassuug aus dem Treuverbande oder durch Verletzung desselben, geleugnet werden sollen. Wenn der Herr mir die detinirte oder bösgläubig besessene Sache verkauft hat, so ist mein Wollen und Glauben natürlich verändert. Negirt wird durch die Regel nur, daß ich mich auf einen allein in meinem Innern vorgegangenen Umschlag zu meinem Vortheil berufen könne.

Quod**) vulgo respondetur: ipsum sibi causam possessionis

*) fr. 2 §. 1 pro hered.
**) fr. 33 §. 1 de u. e. u. (Iulian).

mutare non posse, toties verum est, quoties quis sciret, se bona fide non possidere, et lucri faciendi causa inciperet possidere; idque per haec probari posse, si quis emerit fundum sciens ab eo, cujus non erat, possidebit pro possessore; sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emtore possidere, nec videbitur sibi ipsi causam possessionis mutasse. Idemque juris erit etiam si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. Idem hic si a domino heres institutus fuerit, vel bonorum ejus possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius si justam causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, fundum pro herede possidebit, nec causam possessionis sibi mutare videbitur. Quum haec igitur recipiantur in ejus persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam habet possessionem? Et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem ejus vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emtore possidere.

Das Zutreffen der Regel wird für alle Fälle behauptet in denen bösgläubige Besitzer oder Detentoren lucri faciendi causa incipiunt possidere.

Nach dem von Gajus referirten früheren Rechte war der Entschluß Erbe sein zu wollen und die als pro herede gestio aufzufassende Inbesitznahme der noch nicht von dem persönlich designirten Erben occupirten Sachen einem Jeden aus dem Volke gestattet, ut essent qui sacra facerent et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. Die Aneignung von Erbschaftssachen war deshalb für einen Jeden keine Invasion, sondern eine völlig legale pro herede gestio, welche einestheils Aussicht auf definitives Recht durch Usucapion der Erbschaft gab, anderntheils aber auch den, qui ullam rem ceperit*), den göttlichen und menschlichen Gläubigern verpflichtet.

Wenn nun gleich eine solche populare Erbschaftsunterwindung erstlich einen Besitzaneignungsact enthielt, welcher analog der brevi mano traditio die Conception des Herrschaftswillens Seitens des Detentors manifestirte und als Erwerbsact mittelst Universalsuccession guten Glauben zu geben geeignet war — der Glauben des Popularerben ist ein guter, da ihm der Erwerb auch ohne persönliche Berufung gestattet war —, so war doch ein an der detinirten oder im bösen Glauben besessenen Sache zu vollziehender Act, welcher als Aneignung pro herede aufgefaßt werden könnte und die possessio hereditatis, den Willenszustand als Erben äußerlich erkennbar beginnen lassen würde, nicht denkbar, weil die Ortsbestimmung, wenn auch alieno nomine, schon bei dem Inhaber war und eine Veränderung in der Vorstellungsweise keinen Ausdruck in irgend einer Verfügung der Person über die Sache finden konnte. Hatte indessen Jemand durch anderweite Handlungen sein Erbeseinwollen bekundet, dann mußte er gewiß ebenso behandelt

*) Cic. de leg. II. 19—21.

werden, wie derjenige, welcher nach späterem Rechte an seine Berufung glaubt und seinen Antretungswillen kundgegeben hat. Die Regel nemo causam verhinderte nur, daß Jemand seinen bösgläubig und als Detentor begonnenen Besitz, wenn es ihm gerade vortheilhaft war, als Besitz pro herede und pro herede gestio auslegen konnte.

Später fand eine Usucapion des Erbrechts nicht mehr statt, sondern nur der einzelnen pro herede besessenen Sachen. Das Institut in diesem Stadium wird weit schwieriger verständlich und soll eine Lösung der Hauptschwierigkeit, die Zulassung eines Rechtserwerbes auf Grund einer Handlungsweise, welche als Improbität bezeichnet wird, hier versucht werden.

Auch bei der usucapio pro herede, singularum rerum mußte der Occupant die Absicht haben, sich pro herede zu geriren. Die Aneignung der Sache darf nicht zu dem Zwecke geschehen, die Erbschaft ärmer und sich selbst reicher zu machen*).

Wie ist es nun aber möglich, daß derjenige, welcher sich durch ein Gesetz von der Erbschaft ausgeschlossen weiß, dennoch pro herede handeln kann, welchen Inhalt hat diese seine Vorstellung und auf welche Weise wird sie constatirt?

Ein gegen das Gesetz gerichteter Willen kann niemals Beachtung finden. Der Satz „rei hereditariae furtum non fit" giebt die Erbschaftssachen nicht wie die derelinquirten Sachen und sonstigen res nullius der beliebigen Occupation als einer rechtmäßigen Handlung preis. Seine Begründung liegt im Folgenden. Bis die Erbschaft angetreten war und noch weiter bis der Erbe Besitz an den Sachen erlangt hat**) verletzt der Invasor nur den Willen des Gesetzes, welcher der Erbmasse eine bestimmte Bahn vorschreibt. Nur dieser gesetzlichen Gebundenheit, nicht dem Rechte einer bestimmten Person werden die Sachen entzogen. Die Sachen sind alienae ohne alicujus zu sein. Deshalb wurde die expilatio hereditatis durch Marcus Aurelius zum crimen gemacht und damit gesagt, daß die Strafe wegen verletzten öffentlichen Rechtes verhängt wird. Die Retrotraction des Erbschaftsantrittes konnte wohl civilrechtliche Folgen haben, aber nicht rückwärts einer Handlung den Stempel als Vergehen gegen Privatrechte aufdrücken. Die Nichtbehandlung der Inbesitznahme von Erbschaftssachen als Diebstahl machte eine Occupation pro herede Seitens eines Unberufenen noch lange nicht zu einer erlaubten und gesetzmäßigen Handlung. Und doch ist der Charakter der Gesetzmäßigkeit und Erlaubtheit nothwendig für eine Handlung, an welche sich ein Rechtserwerb knüpfen soll.

Diese Erlaubtheit des Zugreifens Seitens bewußter Nichterben auch nach Aufhebung der Erbschaftsersetzung läßt sich nur so erklären, daß wenn auch kein Unberufener mehr den Erbeswillen haben konnte, bei

---

*) Leist zum 37. Buch in Glück Pand. S. 217. fr. 25 de acqu. her. Si quis extraneus rem hereditariam quasi surripiens et expilans tenet, non pro herede gerit nam admissam contrariam voluntatem declarat.

**) fr. 2 expit. her.

der Säumniß des Erben ihm doch freistand, der Liquidation der Erbschaft sich zu unterziehen. Anstatt daß sofort auf Andringen der Gläubiger die Obrigkeit, wie bei uns, der Liquidation sich annimmt, geschah solches bei den Römern nur „si diu incertum sit, heres exstiturus necne sit*)“. Das obrigkeitliche Einschreiten ward durch Privatthätigkeit ersetzt, ähnlich wie die cura absentis durch die negotiorum gestio. Die Einmischung Unberufener wurde erlaubt, weil der unberufene Occupant wissen mußte, daß er durch seine Einmischung den Gläubigen als selbsthaftender Liquidator sich verpflichtete und in jeder Einmischung deshalb, wenn sie sich überhaupt als pro herede gestio und nicht als surreptio darstellte, eine Uebernahme dieser gefährlichen Rolle gefunden werden mußte. Eine solche allgemeine Befugniß zur Liquidationsübernahme lag in dem Interesse des aus seinen Schuldverhältnissen vor deren Abwickelung heraus gerissenen Erblassers, wenn der wirkliche Erbe säumig war. Selbst dem necessarius heres gegenüber, dessen Recht mehr den Charakter einer Pflicht hatte, konnte pro herede besessen und usucapirt werden, da, wenn derselbe auch schon vom Todesaugenblicke an der gesetzliche Liquidator war, die Einmischung Dritter ihm nicht ein Recht nahm, sondern ihn in einer Pflicht unterstützte. Dahingegen schloß das unmittelbare Einrücken des suus in die Herrschaft des Vermögens die Einmischung dritter Unberufener aus, da dann dieselben keine zu regulirende Masse, sondern den alten Herrn schon durch den neuen ersetzt fanden.

Wer sich unberufen der Erbschaftsliquidation unterzog, der wollte damit nicht fremde Geschäfte besorgen. Er konnte nicht wissen, ob ihm gegenüber jemals ein Erbe als dominus negotiorum auftreten und die desfallsigen Rechte und Pflichten übernehmen würde. Er betrieb also die Erbschaftsregulirung auf eigenes Risico. Ohne Aussicht auf die Rechte als Erbe hatte er dessen Pflichten.

Nur eine Vergünstigung ist ihm gelassen; wenn erst nach Jahresfrist der Erbe sich meldete und die in seinem Besitze befindlichen Erbschaftssachen abforderte, dann sollte er nicht zur Herausgabe verbunden und auf eine schwierige Rechnungslegung hingewiesen sein, um seine Auslagen wieder zu erhalten. Mit Jahresfrist wurde seine Liquidationsthätigkeit unanfechtbar, er jeder Rechnungslegung über die von ihm entnommenen noch in seinem Besitz befindlichen Objecte enthoben und mußte ohne weitere Untersuchung alles, was er in Händen hatte, ihm gelassen werden. Die Verjährungseinrede gegen die hereditatis petitio bewirkte zugleich, daß er bezüglich dieser Sachen allen Dritten gegenüber als Erbe erschien. Die Verjährung wirkt translativ aus der Erbschaft in das Vermögen des Nichterben. Hiervon ist die problematische usucapio an der res, quae hereditatis esse creditur, zu unterscheiden, da durch diese eine Sache in die Erbschaft hineinusucapirt werden würde.

Ich kann mir keine andere Auffassung denken als die vorstehende, nach welcher das Institut der pro herede usucapio als einen Gerechtigkeitsgedanken verwirklichend erschien. Und das muß doch ein jedes

*) fr. 8 quibus ex causis in possessionem eatur.

Rechtsinstitut. Die demselben von Gajus vorgeworfene Improbität rührt daher, weil das Institut dem Mißbrauche Wege offen läßt. Die verheißene Begünstigung bezüglich der ein Jahr lang pro herede besessenen Sachen bewirkte, daß nicht Regulirungs halber, sondern um Gewinn zu machen Unberufene in Erbschaften sich einmischten.

Ein Indicium für die Richtigkeit der hier vorgetragenen Ansicht ist aus dem S. C. Juventianum zu entnehmen.

Die größte Wahrscheinlichkeit spricht dafür*), daß dieses S. C. mit dem von Gajus II, 57 vom Kaiser Hadrian veranlaßten S. C. identisch ist, nach welchem die usucapiones pro herede revocirt werden und nicht mehr lucrativ sein sollen. Man hat nur anzunehmen, daß ein ausgelassener Abschnitt die Rechtsverfolgung gegen den noch besitzenden Beklagten geregelt hat, während der erhaltene Rest die Rechtsverfolgung nach Aufhören des Besitzes normirt.

Das Recht des S. C. Juventianum ist zwar nicht ausdrücklich auf einen Quasi-Contract zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer gegründet. Die Erbschaftsklage setzt sich zusammen aus dinglichen und persönlichen Ansprüchen, je nachdem es sich um Erbschaftssachen oder deren Surrogate handelt**). Der Satz, daß der Erbschaftsbesitzer als negotiorum gestor des Nachlasses verhaftet sei unter Verpflichtung des gutgläubigen Erbprätendenten nur für den seit seiner Belangung durch Fahrlässigkeit entstandenen Schaden, ist in seinen Consequenzen***) zwar anerkannt aber erst seit Justinian in l. 12 §. 1 C. de her. pet. klar ausgesprochen:

.... inter petitorem et possessorem rationibus distractis non aliter possessor si victus fuerit, hereditatem restituere compellitur, nisi pro omnibus, quae rite ab eo gesta sunt, petitor ei satisfaciat —

und erst durch diesen Satz erhält die hered. petitio ein einheitliches Fundament.

Die Abschaffung der usucapio pro herede stellt sich alsdann als der Uebergang von der zeitlich abgegrenzten Abrechnungspflicht des Erbschaftsbesitzers zu dessen einer Präscriptionseinrede nicht theilhaftigen Pflicht dar.

Nach den gewonnenen Resultaten wird sich der in der Vorstellungsweise des Usucapienten der Erbschaft und des Usucapienten einzelner Erbschaftssachen hervortretende die hier behandelte Frage betreffende Unterschied erklären. Derjenige, welcher Erbe sein will, kann nicht daneben Erbschaftssachen mala fide besitzen oder detiniren wollen. Wer

---

*) Leist in Glücks Commentar zum 37. Buch der Pand. S. 252.

**) fr. 25 §. 18 de her. pet.

***) fr. 31 §. 3 de her. pet. Die Haftung ex praesenti possessione, für welche der Satz gilt: actionem in rem pati non compellimur cum liceat cuilibet dicere se non possidere, tritt zurück hinter der Haftung ex commisso. Die letztere Haftung bringt eine Synthese von Person zu Person hervor. Bei dem Erbschaftsbesitz geht diese Synthese so weit, daß sie dem Besitzer eine positive Handlungsweise gegenüber dem Erben zur Pflicht macht, nimmt also ganz die Gestalt eines Quasicontract-Verhältnisses an.

hingegen mit dem Bewußtsein niemals Erbe werden zu können, in die Nachlaßgeschäfte sich einmischt, weiß zwar, daß er das Risico der sämmtlichen Passiva übernimmt, den Willen sämmtliche Activa auf seine Person zu beziehen, involvirt seine Handlungsweise jedoch nicht. Dieser Willen ist nur da als vorhanden zu constatiren, wo er sich aus der besitzlosen Masse Sachen durch Zugreifen angeeignet hat. Detinirt oder besitzt er schon die Sachen, dann bleibt sein Wille, als Liquidator darüber zu verfügen, in dem Stadium der cogitatio und findet keinen Raum thatsächlich hervorzutreten. Durch die That muß erst sein Wille objectivirt werden, damit auch danach Dritte gegen ihn Stellung nehmen können. Diese Stellung Dritter würde je nachdem die Aneignung der detinirten oder mala fide besessenen Sache angenommen worden wäre oder nicht, eine verschiedene gewesen sein. Durch die Aneignung würde die Sache unter diejenigen subsummirt, quae veniunt in restitutionem hereditatis, während ohne Aneignung das praejudicium de hereditate nicht über die Restitution entschied, sondern die Singularklage erst das Anvertrautsein, bezüglich das Eigenthum des Klägers feststellen mußte. Der Erbe hatte erst durch die Aneignungsthat ein Monitum, wegen dieser Sache binnen Jahresfrist vorzugehen, während er auf die Singularklagen sich längere Zeit verlassen konnte. Hiernach ist klar, daß unsere Regel nicht eine positive Schutznorm gegen einen ohne dieselbe zulässigen Fall der usucapio pro herede bildete, sondern daß dieselbe dem allgemeinen Rechtsprincipe entstammt, nach welchem der noch in dem Stadium der cogitatio befindliche und nicht zur That vorgeschrittene Willen rechtlich irrelevant ist, und daß, wenn eine Gelegenheit geboten ist, durch eine spontane Willensentscheidung ein Recht zu erwerben, das Gewollthaben erst in der That sich fest und unwiderruflich fixiren muß.

Die Gefahr einer Verwechselung des inneren sibi statuisse*) mit dem in der That sich offenbarenden Willen lag vornehmlich bei Gelegenheit der usucapio pro herede vor. Der Detentor muß erst durch die Contrectation und bei Immobilien erst durch die Dejection hindurch, damit einerseits sein Treubruch ersichtlich ist und andererseits er den Besitz erlangt. Daß ferner der Besitzer in eigenem Namen die Vorstellung von der causa seines Besitzes sich nicht beliebig anders gestalten kann, ist noch klarer, da wir die Erinnerung an die Vergangenheit nicht durch unsere Phantasie erschaffen. Daher kommt es denn auch, daß in der weit überwiegenden Mehrzahl von Stellen vor einer unrichtigen Anwendung der Regel gewarnt wird**) und nur in wenigen Fällen***) dieselbe Anwendung findet.

Schließlich sei noch des fr. 10 si pars hered. pet. gedacht. Es wird hierin gesagt, daß für Jemanden der als negotiorum gestor die Surrogate von Erbschaftssachen in die Hände bekommen hat, unsere

---

*) fr. 19 §. 1 de poss.

**) fr. 3 §. 19 §. 5 de poss., fr. 33 §. 5 de usurp., fr. 2 §. 25 pro emtore, fr. 6 §. 22 pr. de prec.

***) fr. 19 §. 5 de poss., fr. 5 §. 2 pro don., l. 5 C. de poss., l. 23 C. de locato.

Regel kein Hinderniß bildet, falls er mit der Singularklage, der actio neg. gest., belangt wird, als Erbprätendent aufzutreten und mittelst der exceptio praejudicii die Belangung mit der Universalklage — welche gegen ihn als juris possessor zulässig ist — zu verlangen, wenn er inzwischen zu der Meinung gekommen ist, die Erbschaft sei ihm selbst angefallen. Die Entscheidung ist ganz klar. Unsere Regel findet keine Anwendung, nicht etwa weil sie wie Rudorff, Anhang, Nr. 26 meint ausschließlich von Papinian auf die lucrative Usucapio bezogen wird, sondern weil der Uebertritt aus der Rolle eines negotiorum gestor in diejenige eines Erbprätendenten durch einen äußeren Act, die Vorschützung der exceptio praejudicii, nicht durch eine lediglich innere Cogitation geschieht*).

---

*) fr. 10 si pars her. Cum heredis ex parte instituti filius, qui patrem suum ignorabat vivo testatore decessisse, partem hereditatis nomine patris, ut absentis, administraverit, et pecunias distractis rebus acceperit, hereditas ab eo peti non potest, quia neque pro herede, neque pro possessore pretia possidet, sed ut filius patris negotium curavit. Negotiorum autem gestorum actio ceteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet dabitur. Illud enim utique non est metuendum, ne etiam patris, a quo forte exheredatus est, teneatur heredibus, quasi negotia hereditaria gesserit, quum id quod administravit non fuerit paternae hereditatis. Nam et si negotiorum gestorum actio sit ei, cujus nomine debitum exactum est, hoc tamen, quod alieno nomine perceptum est, restitui aequum est. Sed in proposito neque patris negotia fuerunt, qui esse desierat, neque paternae successionis, quae fuerunt alterius hereditatis. Quod si filius iste patri suo heres exstiterit, et moveat controversiam, quod pater ejus postquam heres exstiterat, mortem obierat, ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur. Quoniam tamen, qui negotia hereditaria gessit, et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis, ut juris possessor convenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

§. 4. Plures in solidum possidere non possunt.

Eine fernere Regel über den Besitz bespricht Paulus fr. 3 § 5 de poss.: Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt, quippe contra naturam est, ut cum ego aliquid teneam tu quoque id tenere videaris.

Wenn wirklich zum Thatbestand des Besitzes ein charakteristisches physisches Verhältniß gehörte, wie stare, tenere, sedere, dann würde jene Regel eine Trivialität enthalten. Savigny nimmt die Regel in diesem Sinne. Die Regel soll beispielsweise die Unmöglichkeit erklären, daß zwei Personen nicht dasselbe Geldstück in der Hand halten können. Zur Beseitigung so thörichter Zweifel pflegten aber die römischen Juristen nicht Rechtsregeln aufzustellen und müssen wir uns daher einen erheblicheren Zweifel suchen, welcher durch dieselbe hat beseitigt werden sollen.

Ein solcher ergiebt sich denn auch aus der Natur des Besitzes als einer Herrschaftsvorstellung. Wenn zwei Leute auch nicht gleichzeitig dieselbe Sache in ihrer Tasche haben können, so können sie doch dieselbe Herrschafsvorstellung im Kopfe haben. Gleiche Vorstellungen stoßen sich nicht im Raume. Beide Vorstellungen können mit einem Machturtheile verknüpft sein, welches von einer verständigen und richtigen Auffassung der Wirklichkeit ausgeht, so daß, wenn wir eine jede Vorstellung für sich allein einer Prüfung unterziehen würden, eine jede uns als Besitz zu gelten hätte. Die Mitprätendenten können in vollständiger Unkenntniß ihrer Mitbewerbung sein. Der eine hat im Winter sein Brennmaterial aus einem Gehölz geholt, der Andere im Sommer seine Kühe darin weiden lassen. Schließlich muß freilich der Conflict hervortreten und dann wird derselbe aus einer inneren und latenten Discrepenz der Vorstellungen zu einem offenen und gewaltsamen Zusammenstoß im Raume. Ein jeder Theil befindet sich in Nothwehr, bei keinem erscheint die Gewaltanwendung unerlaubt, Angriff und Vertheidigung sind ununterscheidbar. Während bei confligirenden Prätendenten von Rechten in hypothesi stets aus der Vollständigkeit und Richtigkeit der einen hypothesis die Mangelhaftigkeit und Falschheit der anderen folgt, weisen hier beide Prätendenten Thatbestände nach, welche einen Jeden derselben als Besitzer erscheinen lassen. Dem ersten gewaltsamen Zusammenstoße kann das Recht nicht vorbeugen; die durch denselben geschaffene Machtlage wird aber vor weiteren Angriffen gesichert. Während des Kampfes oder nach demselben kann die Entscheidnng des Richters angegangen werden und dann muß an Stelle der Lösung durch die Gewalt eine Lösung durch das

Recht erfolgen. Bei den Klagen aus dem Eigenthum, der Obligation prüft der Richter die absolute Existenz des geltend gemachten Rechtes. Bei dem Besitze giebt es keine absolute Existenz, da das Recht einen Thatbestand der Vergangenheit für denselben nicht aufgestellt und den Richter nicht damit angewiesen hat, sobald ein solcher Thatbestand erwiesen ist, unausweichlich die Conclusion auf das Recht zu machen. Bei dem Besitzverwirrungsstreite legen beide Theile dem Richter die realen Verhältnisse vor, aus denen sich ihr actuelles Herrschaftsbewußtsein ersehen läßt und auf welche sie ihr Machturtheil basiren. Der Richter hat diese Vorlagen gegen einander zu wägen, nicht reihum Klaggrund, Einrede, Replik &c. zu bejahen oder zu verneinen.

Die relative Güte, das potius possidere ist zu prüfen. Ein bestimmtes Maß und Gewicht für die Ermittelung der relativen Güte kann das Recht dem Richter nicht an die Hand geben. Es zwingt ihn jedoch für einen Prätendenten seine Stimme abzugeben und durch diesen Ausspruch, dieses praejudicium de possessione wird dieser rechtlich zum ausschließlichen Besitzer gestempelt. Die richterliche Thätigkeit hat hier ein freieres Feld. Sonst hat der Richter das Erwiesensein von Thatsachen zu prüfen, auch wohl eine Qualität des Erwiesenen zu würdigen, und sodann die Thatsachen unter das Gesetz zu subsummiren. Hier liegt kein bestimmter vom Gesetze vorgeschriebener Thatbestand vor, der, wenn er erfüllt ist, das Recht außer Zweifel setzt, sondern die Anerkennung des Rechtes beruht auf einer Schätzung und Abwägung.

Wenn nach deutschem Rechte der streitige Besitzstand durch das übliche Mittel, Befragung der Umsassen, nicht zu entscheiden war, dann wurde als letztes Mittel das von Laband, dingliche Klage S. 230 geschilderte Verfahren angewendet. Jeder Theil wies im gerichtlichen Augenschein das von ihm prätendirte Grundstück, damit die Grenzen des Conflicts genau feststehen und alsdann kam es zum Schwur. Schwuren beide und stand somit wieder das Zünglein der Wage in der Mitte, dann trat Theilung ein, wenn nicht ein Theil von dem Rechte Gebrauch machte, ein Gottesurtheil zu fordern*). Mit der Zulassung der Theilung ist gesagt, daß beide gleich gut, mithin in solidum besitzen und partes concursu fiunt. Der Unterschied zwischen römischem und deutschem Rechte ist prägnant. Hier volles Vertrauen zu der religio judicis, dort Abhängigmachung der Entscheidung von der Parteiaction; hier der principielle Satz, daß dem Auge des Rechtes jeder Besitz ausschließlich erscheint, dort statt Lösung des Conflicts Durchschneidung desselben in der Theilung.

Hiernach finde ich in unserer Regel nicht den trivialen Satz, daß eine Ausübung des Besitzes in solidum durch zwei verschiedene Leute unmöglich ist, weil zwei widerstreitende Ortsbestimmungen an derselben Sache nicht gleichzeitig realisirbar sind, sondern den Satz, daß wenn auch der Thatbestand des Besitzes ein innerer und subjectiver ist — hierin liegt der Grund des zu beseitigenden Zweifels — dem unverschleierten Blicke des durch den Richter zu verwirklichenden Rechtes der eine Besitz als der bessere und damit als der ausschließliche erscheint.

---

*) Vgl. auch Heusler, Gewere S. 260.

Paulus kann in fr. 3 §. 5 de poss. nur als vergleichsweise redend erachtet werden. Er sagt die possessio duorum in solidum sei ebenso undenkbar, als die Annahme, daß auf dem Flecke, wo Einer stehe auch noch ein Anderer stehe. Dieser Ausspruch ist mit einigem Unterscheidungsvermögen aufzufassen. Die Thatsache, daß der Eine auf dem Flecke steht und der Andere nicht steht, ist offen ersichtlich. Wer dahingegen von zwei Prätendenten besitze, ist keineswegs in gleicher Weise offenbar. Die Unmöglichkeit der gleichzeitigen Realisirung darf man nicht mit der Undenkbarkeit der gleichzeitigen Existenz von Rechten verwechseln. Das Axiom, auf welches unsere Regel zurückzuführen ist, besteht darin, daß Einer stets besser besitzen müsse wie der Andere, daß die Rechtsfindung niemals daran verzweifeln könne, auf der einen Seite ein ausschlaggebendes Mehr zu finden. Wo bei Rechten in hypothesi eine Concurrenz von zwei Thatbeständen desselben Rechtes an derselben Sache in solidum stattfindet und ein Vorzug nicht begründet ist (wenn nämlich die melior conditio possidentis nicht entscheidet) tritt ipso jure Theilung des Rechtes ein. So bei mehrfacher Legirung derselben Sache, bei concurrirenden gleichen Pfandrechten. Zwei hypothetische Thatbestände von Rechten können sich vollständig decken, zwischen zwei actuellen Thatbeständen ist eine vollständige Deckung dahingegen ebensowenig möglich, wie daß zwei Blätter desselben Baumes absolut dieselbe Form haben. Hier ist deshalb ein Mehr oder Minder stets unter der richterlichen Lupe im Besitzverwirrungsstreite zu constatiren.

Wenn man den Paulinischen Ausspruch als den Satz auffaßt, wo ein Backhaus steht, da kann kein Brauhaus stehen, dann ist allerdings nicht einzusehen, wie den römischen Juristen Zweifel bleiben konnten, ob nicht in dem Falle zwei possessiones in solidum concurriren würden, daß die eine der anderen gegenüber injusta sei. Fr. 3 § 5 de poss.

Die Meinung derjenigen Juristen, welche der letzteren Ansicht sind, Sabinus und Trebatius, läßt sich leicht in ihrer Entstehungsweise verfolgen. Sie beruht auf einer Verwechselung des Besitzwiedererlangungsanspruchs mit dem actuellen Besitzrechte. Zwischen diesen beiden Rechten ist eine Aehnlichkeit in dem Falle vorhanden, daß der dejectus oder der precario concedens, anstatt zu dem recuperatorischen Rechtsmittel zu greifen dem besitzenden Gegner gegenüber die Besitzverwirrungsfrage stellen. Man muß nun von vornherein zugeben, daß diese Kläger nicht besitzen, daß sie nur auf Rechte in hypothesi sich stützen, welche auf den in der Vergangenheit liegenden Thatsachen der dejectio und der concessio precarii beruhen. Wenn auch alle rechtlichen Wirkungen des Unrechts von vornherein zu negiren sind, so hat das Unrecht doch die Wirkung, die thatsächliche Sachlage zu verändern und folglich auch die Spiegelbilder der Wirklichkeit in den Köpfen der Menschen umzugestalten. Der Thatbestand des Besitzes besteht nun aber in solchen Reflexen und Spiegelbildern. Das Gesetz kann an bestimmte Unrechtmäßigkeiten als historische Thatsachen Ansprüche knüpfen, aber es kann eine Veränderung des Thatbestandes nicht ungeschehen machen und, wenn das Recht, wie der Besitz an einen actuellen Thatbestand sich knüpft, die verbundene Bewegung in

jure nicht verneinen oder ingnoriren. Heusler*) hält es für einen ansprechenden Gedanken des deutschen Rechtes, daß der durch Gewalt seines Besitzes Entsetzte gar nicht als des Besitzes verlustig soll betrachtet werden. Dieser Gedanke ist früher von mir in der Frage formulirt worden, wie könnte ein Unrecht mein Herrschaftsbewußtsein alteriren?

Aber gerade hier zeigt sich die tiefsinnige Ueberlegenheit des römischen Rechtes. Dieses hat auch den Satz nemo ex delicto suo consequitur actionem. Und doch wird dem Dejicienten und dem ungehorsamen Precaristen der Besitz zugestanden in der Erkenntniß, daß sonst der Kampf um die Sache perpetuirt werden würde, da als wesentlich im Besitze das Gewaltanwendungsrecht enthalten ist. Nur gab das römische Recht ein Mittel, um im Besitzverwirrungsstreite den unrechtmäßig verlorenen gegen den unrechtmäßig gewonnenen Besitz zur Geltung zu bringen in der exceptio vitii. Der Entsetzte konnte statt das Unrecht des Gegners offen zu zeihen und aus ihm hypothetische Ansprüche herzuleiten, denselben durch das interdictum uti possidetis provociren, ihn zwingen, wenn er nicht einfach weichen wollte, auch seinerseits die Besitzesbehauptung aufzustellen und darum zu wetten, welche von beiden Besitzbehauptungen vom Richter als die bessere erfunden werden würde. Er wählte alsdann den milderen Weg und konnte solches räthlich erscheinen, wenn es zweifelhaft sein mochte, ob die Dejection schon vollständig sei oder die Sache sich noch in dem Stadium des unentschiedenen Kampfes befinde.**) Durch die exceptio vitii wurde alsdann der Richter angewiesen, dem Nichtbesitz gegenüber dem vitiösen Besitz dennoch den Vorzug zu geben. Durch diese Bestimmung ward über den Nichtbesitz der relative processuale Schein des Besitzes ausgebreitet. Mit dem recuperatorischen Rechtsmittel hätte der Kläger ein Mehr, die Restitution, eine positive Leistung, erreichen können; mit der Besitzverwirrung wird nur eine Unterlassung der ferneren gegensätzlichen Besitzbehauptung des Gegners angestrebt. Diese Unterlassung hat dann allerdings materiell, soweit der Gegner noch besitzt, dieselbe Function, wie die Restitution, ist aber immerhin ein minus dieser gegenüber. Es wurde mithin derjenige, welcher eigentlich die Besitzverwirrungsklage nicht erheben konnte, so behandelt, als wenn das Fundament dieser Klage der gegenwärtige Besitz noch bei ihm vorhanden wäre, weil er klar gemacht hatte, daß ihm ein Fundament zu Gebote stehe, welches zu noch weitergehenden Verpflichtungen des Gegners führe. Der Richter erspart einen Umweg, indem er den zu weiteren rechtlichen Consequenzen führenden Thatbestand mit dem geringeren aber differenten Thatbestande gleich behandelt.

Wie zuweilen der Gesetzgeber, wenn er zu der Erkenntniß kommt, daß ein Thatbestand dieselben rechtlichen Consequenzen haben müsse, wie

---

*) Gewere S. 269.

**) Savigny S. 179 hat deshalb Unrecht, wenn er meint, derjenige, welcher ein recuperatorisches Interdict zu haben vermeine, habe nie im Interesse de retinenda possessione zu klagen. Die Frage ob eine Besitzentsetzung oder Besitzstörung vorliege, kann ihm zweifelhaft sein und das mildere Mittel deshalb als das sicherere erscheinen. Stets den Fall zu supponiren, daß der unverschämte Dejicient nun auch noch die Besitzverwirrungsfrage aufwirft und einen für ihn hoffnungslosen Richterausspruch über sein melius possidere nachsucht, ist doch zu unwahrscheinlich.

ein davon verschiedener Thatbestand, bei welchem solche Consequenzen schon anerkannt sind, die Gleichbehandlung beider Fälle unter der Formel verordnet, es solle angenommen werden, daß das Ungleiche gleich sei, so läßt hier der Richter dem Nichtbesitz gegenüber dem vitiösen Besitz dieselbe Behandlung angedeihen, wie dem Besitz gegenüber dem Nichtbesitz. Mag man dies immerhin processuale Fiction nennen, wenn man nur sich dabei bewußt bleibt, daß nicht, weil Gleichheit fingirt wird, sondern weil die Gleichheit der Consequenzen — in plure inest minus — materiell gerechtfertigt ist, eine Gleichbehandlung stattfindet. Die römischen Juristen haben diesen processualen Scheinbesitz wohl unterschieden von dem wirklichen Besitz; Ulpian führt als Beweismittel gegen die Gleichsetzung den Fall an, daß zwischen dem vitiösen Besitzer und einem Dritten, gegen welchen das Besitzunrecht nicht begangen worden ist, die Besitzverwirrungsfrage zu lösen ist. Von welcher Seite dieselbe aufgeworfen wurde, ist gleichgültig. Als die Absurdität, zu welcher diese Gleichsetzung führen würde, bezeichnet er die Unlösbarkeit des Streites, ganz in Uebereinstimmung mit der hier vorgetragenen Lehre von der tieferen Bedeutung unserer Regel, daß nämlich dem Auge des Richters gegenüber nur Einer den Besitz haben könne.*) Zugleich betont Ulpian, daß die processuale Gleichsetzung des Restitutionsanspruches mit dem Besitze gegenüber dem vitiösen Besitzer zu einer solchen Absurdität nicht führe.

Bei dem Precarium findet auch jener processuale Scheinbesitz des precario concedens gegenüber dem rogans statt.

Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.**)

Die Präjudicialfrage, uter potius possideat, wird, von welcher Seite sie auch angeregt werden mag, zwischen Roganten und Concedenten zu Gunsten des Letzteren entschieden. Daneben findet jedoch ein wichtiger Unterschied zwischen dem precären und dem sonstigen vitiösen Besitze statt. Der Precarist besitzt als Prodominus, er übt ein fremdes Recht zu eigenem Rechte aus. Dem Concedenten gegenüber ist die Fremdheit des Besitzrechtes zugestanden; daraus folgt, daß überall, wo der Besitz die Hypothesis eines Rechtes oder einer Verpflichtung ist, derselbe in seinen rechtlichen Consequenzen auf den precario concedens bezogen wird. Der dominus kann von dem Precaristen einer Vindication gegenüber als Auctor benannt, aber gewiß auch gleich direct belangt werden. Für die Usucapion wird ihm die Besitzdauer seines Prodominus so lange angerechnet, als ihm dieser treu bleibt oder eine Untreue durch die gerechtlich erzwungene Restitution wieder aufgehoben wird.***) Nur im letzteren Falle rupto pre-

---

*) fr. 3 pr. U. P. Si duo possideant in solidum videamus quod sit dicendum: quod qualiter procedat tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto: si vero non a me, neuter nostrum vinceretur.

**) fr. 17 de precario.

***) fr. 13 §. 9 de poss. Si jussu judicis res mihi restituta sit accessionem esse mihi dandam placuit. Wenn es fr. 13 §. 7 eod. heißt: quamdiu manet precarium accessione uti non posse (Ulp. 72 ad Ed.), so ist dies von Utrubi zu verstehen. Quamdiu manet precarium kann freilich der rogatus keine Besitzcontroverse Dritten gegenüber erheben, deßhalb kann aber auch von keiner Accession die Rede sein.

cario kann man von einer Besitzaccession reden, da ihm hier die rechtliche Consequenz eines fremden Besitzes, sonst aber die seines eigenen von dem Precaristen zwar nach Außen zu eigenem Rechte jedoch nach Innen unter Anerkennung der Fremdheit ausgeübten Besitzes zugewendet wird.

Savigny meint, daß die Zurechnung zur Usucapion von den einen Juristen durch Annahme einer possessio in solidum, von den andern durch Zulassung der accessio possessionis nach Rückerlangung der Sache construirt worden sei. Es würde dann doch noch immer der Unterschied bleiben, daß nach der letzteren Meinung der rogatus, wenn er als Beklagter im Vindicationsprocesse sein Eigenthum vertheidigt, die Sache sich zurückgeben lassen muß, um für die Usucapionszeit den Besitz des Precaristen sich anrechnen lassen zu können. Der Ausspruch des Pomponius:*) „Placet autem penes utrumque esse eum hominem" läßt indessen ersehen, daß er einen Satz aufstellt, über welchen man zur Einigung gelangt war. Nur muß man diesen Satz richtig auffassen. Den Besitz als Recht in thesi, das Gewaltausübungsrecht, die Sachnothwehr war bei dem rogans nicht dem rogatus, sonst müßte irgendwo erwähnt sein, daß der rogatus zum expellere oder prohibere des rogans berechtigt sei. Bezüglich der Sachnothwehr ist eine Duplicität undenkbar. Aber sofern der Besitz des rogans als hypothesis juris in Betracht kommt, werden seine Consequenzen dem rogatus zugeeignet, gilt dieser als Besitzer. Der Grund, welchen Pomponius anführt, quia non discesserit dominus animo possessione, negirt nicht das Aufhören des jus in thesi auf Seiten des rogatus, sondern will nur sagen, daß die Besitzausübung des rogans nach der beiderseitigen Absicht bei der Concession als die Ausübung eines fremden Rechtes gelten solle, wenn auch durch einen selbstständigen nicht blos Organ spielenden Berechtigten.

Savigny folgert aus unserer Regel zwei Sätze:

1) wenn nach der ausdrücklichen Erklärung unserer Rechtsquellen der bisherige Besitz fortdauert, so folgt daraus, daß noch kein neuer Besitz angefangen haben könne,

2) wenn das römische Recht einen neuen Besitz anerkennt, so muß der alte Besitz aufgehört haben.

Nun ist aber, wie hier gezeigt worden ist, der gesetzliche Thatbestand des Besitzes ein innerer Zustand des Subjects, machtbewußter Herrschaftswillen. Wo sich die Rechtsquellen über die Dauer und Entstehung desselben aussprechen, interpretiren sie den Willen in concreten Fällen, fungiren aber nicht als Gesetze. Denn das Gesetz giebt nur den Thatbestand, die Prämissen der Rechte an; die Constatirung des Vorhandenseins der Prämissen gehört der Rechtsverwirklichung durch den Richter an. Daß der Miether nur detinirt, der Pfandgläubiger dagegen besitzt, ist nicht Folge gesetzlicher Anordnung, sondern nur Consequenz der damaligen Auffassung des Miethverhältnisses im Volksbewußtsein, welche im Falle der Miethe stets auf eine Willenssubjection schließen läßt, während beim pignus der in dem Rechtsgeschäfte offenbarte Willen eine abweichende Willensconstellation bezüglich der Sachherrschaft er-

*) fr. 15 § 4 de prec.

giebt. Die retentio possessionis animo an Grundstücken ist nicht Ausfluß einer gesetzlichen Norm, sondern ein richtiger psychologischer Satz, daß wir unser Machtbewußtsein bewahren, bis wir bei dessen Realisirung ein Hinderniß erkannt und an der sofortigen Beseitigung verzweifelt oder dieselbe vergeblich versucht haben.

Alle Aussprüche der römischen Juristen über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Besitzes müssen sich natürlich auf die Frage beziehen, wer von mehreren Mitprätendenten besitze; denn wo von keinem Concurrenten die Rede ist, da ist jede Prüfung der Besitzfrage müssig. Die Savigny'schen Sätze sagen mithin nichts weiter, als daß die römischen Juristen bei der Zusprechung des Besitzes zu einer gewissen Zeit an den Einen die zur Vergleichung gezogenen Besitzrechte des Andern verneint haben müssen, eine Wahrheit, aber eine sehr triviale Wahrheit.

§. 5. Die Besitzfähigkeit der Person.

a. Juristische Personen.

Municipes per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt. Forum autem et basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur. Sed Nerva filius ait: per servum, quae peculiariter acquisierit, et possidere et usucapere posse, sed quidam contra putant, quoniam ipsos servos non possideant. Sed hoc jure utimur, ut et possidere et usucapere possint, idque eis per servum et per liberam personam acquiratur*).

Item municipes ad exhibendum conveniri possunt, quia facultas est restituendi: nam et possidere et usucapere eos posse constat. Idem et in collegiis ceterisque corporibus dicendum est**).

Die römischen Juristen fühlten die Schwierigkeit der Construction des Besitzers der juristischen Personen; die Nothwendigkeit der Annahme desselben war ihnen klar, deshalb springen sie mit einem „hoc jure utimur" „constat" über dieselben hinweg.

Savigny steht noch auf demselben Standpunkte. Nur erklärt er die juristischen Personen von vornherein für willensunfähige, lediglich fingirte Subjecte, während die römischen Juristen nur an der Möglichkeit des Zustandekommens eines consensus universorum municipum verzweifelten. Das Räthsel ist mithin nur noch größer geworden. Zumal nach der hier vorgetragenen Theorie, nach welcher das Besitzen eine innere Thätigkeit ist, würde der Besitz der juristischen Personen eine solche Unbegreiflichkeit sein, daß sie an der Richtigkeit der Theorie Zweifel erregen müßte.

Das Verfahren der römischen Juristen, das mit der Gewißheit unmittelbarer Intuition als richtig Erkannte einfach festzuhalten, ohne das Bedürfniß zu fühlen, das auf dem Wege der Anschauung erlangte Resultat auch im Wege der juristischen Construction zu erreichen, hat seine großen Vorzüge. Die Construction besteht in einer Verstandesthätigkeit des einzelnen Juristen, während in der Anschauung der Einzelne sich nur receptiv dem Rechtsleben seiner Zeit gegenüber verhält. Der Besitz der Gemeinden ist eine rechtliche Wirklichkeit, in allen Gerichtshöfen anerkannt. Gerade wir Deutschen sind Fanatiker der Verstandescon-

---

*) fr. 1 §. 22 de poss.
**) fr. 7 §. 3 ad exh.

struction und negiren die Sonne am Himmel, wenn wir sie nicht begreifen können. Die Festhaltung des jus quod est ist die Hauptsache; die Erforschung des Zusammenhanges des ganzen Rechtsgebäudes ist dagegen Nebensache und müssen wir uns vor der Gefahr hüten, durch Beharrung in den beschränkten Bahnen unserer Verstandesoperationen die von den Classikern stets bewahrte Anschauung des wirklichen Rechts nicht zu verlieren.

In dem Bewußtsein der Geringwerthigkeit der constructiven Methode soll versucht werden, die Nichtdisharmonie des Besitzes der juristischen Personen mit der hier vorgetragenen Theorie zu erläutern.

Savigny leugnet schlechtweg den Willen der juristischen Personen, Warnkönig*) bezweifelt deren Willenlosigkeit.

Zu jedem Rechte gehört ein Willen, zu jedem Willen ein lebendiges Subject — ein Satz dessen Bestreitung zu den Seltsamkeiten der modernen Zeit gehört, dessen Beweis aber hier nicht Raum hat.

Wenn man auch Jemandem, welcher keine Nase hat, eine Nase fingiren könnte, indem man ihn überall, wo eine Nase rechtlich in Betracht kommt, behandelt, als wenn er eine solche hätte, so bleibt doch soviel sicher, daß er mit dieser Nase nicht riechen kann. Soweit das wirkliche Riechen für ein Recht oder eine Pflicht von Bedeutung ist, kann ihm also keine Fiction helfen. Ebensowenig kann einer juristischen Person die Fiction eines Willens zum Besitzen nützen, da diese Fiction sie doch niemals zu einer eigenen inneren Thätigkeit befähigt, und nur die Freiheit dieser durch den Besitzesschutz garantirt wird.

Die Annahme, daß es Wesen auf Erden giebt, außer den Menschen, welche auch denken, wollen, handeln und leben, klingt seltsam. Den Willen erkennen wir aus den Handlungen. In der Handlung können wir den eigenen Willen des äußerlich Handelnden aber nur dann sehen, wenn er nicht als Organ der Verwirklichung einer fremden Vorstellung sich dienstbar macht. In der Amtshandlung geschieht solches stets und doch finden wir hier schließlich keinen anderen inspirirenden Hintermann als das zu verwirklichende Gesetz. Der Willensinhalt des Gesetzes ist nicht nachweisbar in den Köpfen Einzelner gewachsen; für das Aussprechen und Formuliren kann eine Thätigkeit Einzelner ersichtlich sein auch können Ausführungsgesetze als individuelles Machwerk sich darstellen, der Grundstock der Organisations- und Verfassungsgesetze ist nicht das Product der einzelnen Lebensthätigkeit. Wo wir eine Vorstellung constatiren können, die nicht in einem einzelnen menschlichen Kopfe gewachsen ist, da müssen wir auch ein vorstellendes und wollendes Wesen annehmen. Das historisch entstandene Gesammtwesen, welchem wir selbst angehören, tritt uns nicht in der dritten Dimension gegenüber. Die Schwierigkeit der Erkenntniß desselben als eines individuellen lebendigen Wesens beruht auf dem Standpunkte, den wir einnehmen. Von unserer eigenen inneren Lebensthätigkeit haben wir eine unmittelbare Anschauung vermöge des Selbstbewußtseins, welches in uns durch den

---

*) Archiv für civ. Praxis XX. S. 420.

Widerstand der Wirklichkeit gegen die Ausführung unserer Vorstellung, durch die Reibung unserer Lebensthätigkeit entwickelt. Wir stehen in dem Centrum unserer Willensfabrik. Bei dem Gesammtwesen stecken wir als Zelle in dessen Peripherie, können mithin dem Einheitspunkt, in welchem die Gesammtwirkung aller Zellen zur Erzielung eines einheitlichen Resultates sich vereinigt, nicht überschauen. Wir können nicht mehr als eine Ahnung haben, daß das Gesammtwesen wirklich lebt, will und vorstellt, daß wir neben unserem Sonderleben in der Lebensaction eines anderen Wesens die Rolle einer Zelle spielen. Diese Betrachtungen lehren uns indessen, daß das Recht, indem es die juristische Person als Rechtssubject anerkennt, nicht durch eine Fiction etwas Nichtseindes als seiend behandelt, sondern ein wirkliches lebendiges Wesen erkannt hat.

Wirkliches Leben können wir allerdings nur historischen Realitäten zuschreiben, dem Staat, der Gemeinde, der Kirche. Ferner können wir auch nicht coordinirte Gesammtwesen annehmen, deren Willen in Conflict treten könnte, sondern alle müssen im Staate wiederum ebenso stecken, wie wir in ihnen.

Die künstlichen und willkürlichen Vereinigungen sind nicht schwer davon zu unterscheiden. Die einen Gesammtheiten entstehen im Wege einer der Beobachtung sich entziehenden historischen Bildung, die anderen werden durch willkürlichen Zusammentritt geschaffen. Das primum movens in den ersteren, welches bis in alle Amtshandlungen wirksam ist, ist das öffentliche Interesse, welches vermöge eines organischen Processes im Gesetze eine bestimmte Formulirung angenommen hat. Das primum movens der letzteren ist der Willen der einzelnen Mitglieder, das Privatinteresse. Die moderne Rechtsbildung hat allerdings durch Aufhebung eines römischen Rechtsgrundsatzes Gestaltungen geschaffen, welche viele Aehnlichkeit mit dem historischen Gesammtwesen haben. Dieser aufgehobene Rechtsgrundsatz gehet dahin, daß ich nicht vertragsmäßig feststellen kann, wie ich künftig wollen werde. Die durch das Gesellschaftsstatut getroffene Vereinbarung, daß der Willen der Gesellschaft durch gewisse Abstimmungen gefunden werden solle und jeder Einzelne dieses Resultat als von ihm mitgewollt gelten zu lassen habe, legt dem Einzelnen die Verpflichtung auf, einen fremden Willensinhalt als den eigenen gelten zu lassen, beseitigt die praktische Schwierigkeit des consensus universorum und die beständige Hemmung des Unternehmens durch das jus prohibendi und opfert im praktischen Interesse die Freiheit. Die handelnden Vertreter der künstlichen Gemeinschaften erscheinen dabei als Ausführer der in gewaltsamer Weise durch Majorisirung vereinheitlichen Einzelwillen. Sie stehen in Contractspflicht nicht Amtspflicht, Subjecte der Rechte sind die Theilhaber, nicht ein getrennt davon existirendes Wesen. In das Wollen der Letzteren ist eine künstliche vertragsmäßige Harmonie gebracht worden, welche sie stets als dasselbe wollend erscheinen läßt und damit den Schein der Einheit über sie verbreitet.

Manche Vereinigungen, sowie auch die Stiftungen, gewinnen dadurch eine selbstständige Existenz, daß der Staat ihre Zwecke als mit den seinigen übereinstimmend anerkennt und deren Realisirung unter

seinen Schutz nimmt, sie zu Staatsanstalten macht. Das öffentliche Recht verheißt ihnen dabei eine gewisse Selbstständigkeit der Verwaltung, aber ihr Leben und ihre Existenz leiten sie vom Staate ab. Ihre Vertreter und Curatoren stehen in Amtspflicht*).

Hieran darf uns nicht irre machen, daß bei Staat, Gemeinde, Kirche und Stiftung in vermögensrechtlichen Conflicten Austrag durch den Richter stattfindet, während man doch denken sollte, daß bei allen diesen uno spiritu lebenden Wesen die Ausgleichung von stets nur scheinbaren Streitfällen, da keins dieser Wesen das Unrecht wollen kann und es nur ein Recht giebt, im Verwaltungswege stattfinden müßte, gleichwie mehrere Filialen desselben Handlungshauses nicht gegen einander klagen können, sondern von der gemeinschaftlichen Direction auseinander gesetzt werden. Der Richter ist hier, wie bei Conflicten zwischen Staat und Privatpersonen, als das geeignetste Organ zur Feststellung des von den Verwaltungsbehörden leicht zu verkennenden objectiven Rechtes gewählt worden.

Als Resultat ergiebt sich uns, daß stets nur die Lebendigen Rechte haben. Das Rechtssubject muß denken, wollen, vorstellen, es muß Mittel besitzen, seine Vorstellungen zu realisiren. Seine ideale Vorstellung muß causal auf seine materiellen Organe wirken. Wo uns ein nichtmenschliches Rechtssubject entgegentritt, muß dasselbe, wenn auch nicht in der dritten Dimension existirend, doch ein lebendiger Organismus sein.

Hier stoßen wir aber auf ein ferneres Bedenken. Von dem Gesetzeswillen bis zu der Besitzvorstellung von der einzelnen Sache ist ein sehr weiter Weg. Savigny S. 315 sagt, der Vertretene müsse wissen und wollen, daß dieser Besitz für ihn erworben werde. Für die Erkennbarkeit dieses Wissens und Wollens ist die alleinige Quelle der Auftrag, denn der Vertretene, da er nicht in das Herz seines Vertreters schauet, kann nur innerhalb der Vereinbarung ein Handeln in seinem Interesse erwarten. In dem Auftrage müßte mithin die specielle Sache erwähnt sein, sei es direct, sei es durch erkennbaren Hinweis.

Savigny verwechselt hier Wissen und Vorstellen. Wissen kann man nur, wenn man von der Thatsache selbst Kunde erhalten hat, der Vertretene würde mithin auch bei dem speciellsten Auftrage erst Besitzer sein können, wenn die Nachricht von der Apprehension bei ihm eingelaufen ist, was doch auch Savigny nicht behauptet. Wissen kann man ferner nicht alternativ, Vorstellen aber sehr wohl.

Da der Beauftragende die Zukunft nicht kennt, so wird seine Vorstellung über das, was geschehen soll, stets eine alternative sein und er dem Beauftragten nicht eine bis ins Kleinste bestimmte Handlung vorschreiben, sondern ihn nur darüber unterrichten, welche von allen denk-

*) Hat der Staat den Zweck der Vereinigung oder Stiftung nicht als mit seinen Tendenzen zusammenfallend anerkannt und adoptirt, gleichwohl aber durch eine Lex specialis oder generalis Corporationsrecht zugesichert, dann ist die Corporation nur eine künstliche Gemeinschaft, als deren Subjecte wir lebendige einzelne Menschen aufzusuchen haben, wenn auch durch Haftungsbeschränkung nach Außen, Verbindlichkeit der Mehrheitsbeschlüsse nach Innen, Zulassung eines mandatum post mortem die Sache verdunkelt ist.

baren Handlungen alternativ unter seinen Willen fallen. Die Wahl überläßt er dem Beauftragten, nur fordert er bei der Wahl von demselben eine möglichste Erwägung seiner Interessen. Er benutzt nicht den Beauftragten als ein nicht denkendes Werkzeug, sondern er nimmt sowohl seinen Körper als seinen Geist in Dienst. Das Wissen über die Abgrenzung des Besitzobjects von der übrigen Welt ist dann ausschließlich in dem Stellvertreter erforderlich, und gelten dessen Handlungen als Handlungen des Vertretenen, wenn nur deren Causalzusammenhang mit dem Auftrage klar ist. Zu dieser Klarheit bedarf es nicht, daß aus dem Auftrage hervorgeht, der Auftraggeber habe derzeit schon Kenntniß von der Existenz gerade dieses Besitzobjects gehabt und dasselbe zu erlangen gewünscht, sondern nur, daß die Ausführungshandlung unter irgend eine von den der Wahl des Vertreters frei gelassenen alternativen Vorstellungen fällt. Die im Auftrage als zu verwirklichend gesetzten Vorstellungen können höchst generell, und damit die Alternativen unbegrenzt sein.

Die Stellen, welche Savigny für seine Meinung, daß in dem Auftrage die Vorstellung von der concreten Sache enthalten sein müsse, besagen durchaus nicht das Gewünschte.

Paulus in rec. sent. L. 5 t. 5 § 2. Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.

fr. 42 §. 1 de poss. Procurator si quidem mandante domino emerit, protinus illi acquirit possessionem: quod si sua sponte emerit non nisi ratam habuerit dominus emtionem.

Ueber das Erforderniß der Specialität des Mandates ist hierin nichts gesagt. Daraus, daß absente domino res comparata est läßt sich kein Schluß auf ein Generalmandat machen, denn die absentia würde an einem Specialmandate nicht hindern. Als absens bezeichnet man aber vornehmlich denjenigen, welcher, ohne einen Vertreter hinterlassen zu haben, abwesend ist*) und muß deshalb das absente domino oder — in der zweiten Stelle — sua sponte a procuratore actum auf die negotiorum gestio bezogen werden.

In dem von mir ertheilten Generalmandate liegt der Auftrag zu allen für mein Vermögensinteresse nützlichen Handlungen mit der Vollmacht, darüber zu entscheiden, ob sie nützlich sind. Ein fremdes Interesse, ein fremder Zweck wird von dem Vertreter als Movens für seine Handlungen übernommen und demselben zugleich die Entscheidung über die Zweckmäßigkeit übertragen. Er wird körperliches und geistiges Organ. Das Organ gilt ganz als Theil des Dominus. Es ist deshalb zum Besitze des Letzteren nur erforderlich, daß die Herrschaftsvorstellung und das Machturtheil im Ersteren vorhanden ist, wenn nur die Rolle desselben als Organ durch die Tragweite des Auftrags und seine Willensunterwerfung feststeht.

---

*) fr. 1 §. 1, 26 ex quibus causis majores.

Dann hat aber der Besitzerwerb der juristischen Personen keine Schwierigkeiten mehr. Die oberste Vollmacht giebt das Gesetz und ist dieselbe causal bis in die Fingerspitzen der Steuereintreiber. Nur das Handeln der Beamten innerhalb ihrer Competenz ist erforderlich; dann aber brauchen die Erfordernisse des Besitzthatbestandes, Machturtheil, concrete und abgegrenzte Vorstellung von der Sache nur in den Organen vorhanden zu sein, um auch als im Herrn vorhanden zu gelten.

Diese Zusammenfügung des Herrn und des Organs durch die Willensunterwerfung zu einem Wesen, die Beziehung und Zueignung nicht blos der äußeren Handlungen, sondern auch der geistigen Thätigkeit des Organs an den Herrn ist von dem Oberappellationsgericht in Oldenburg*) schon als Grund der Wirksamkeit des Generalmandates für den Besitzerwerb angeführt. Dasselbe spricht sich folgendermaßen aus:

„Will man mit dem Leben nicht vielfach in Widerspruch treten, will man nicht am Ende dahin kommen, den Besitz derjenigen Sachen zu leugnen, deren Existenz man vergessen hat, so muß man mit dem Erfordernisse physischer Herrschaft sehr vorsichtig umgehen und insbesondere von dem Principal eines Universalmandatars nicht mehr verlangen, als das Bewußtsein, einen Vertreter zu Erwerbungen jeder Art legitimirt zu haben, indem im Uebrigen das Bewußtsein physischer Herrschaft auf Seiten des Mandatars ergänzend hinzutritt."

b. Unter Tutel und Curatel stehende Personen.

Um berechtigtes Subject zu sein, muß man leben. In allem Lebendigen findet eine Willenserzeugung statt. Der Willen kann aber nur dann eine Garantie von dem Rechte erhalten, wenn er ein freier ist, das heißt, wenn die Selbstbestimmung von einem Erkenntnißvermögen geleitet wird, welches das Subject befähigt, seinen Nutzen von seinem Schaden zu unterscheiden. Durch die Garantie des Privatwillens beabsichtigt das Gesetz eine Förderung des Einzelnen in der Verfolgung eines vernünftigen Lebenszwecks. Die Verleihung des Rechtes kann dabei nicht an die Vorausbedingung der Vernünftigkeit des Willensinhaltes geknüpft werden, da ein Jeder seine Lebensaufgabe selbst zu lösen hat, aber die Befähigung zur vernünftigen Lösung muß vorausgesetzt werden. Wenn diese Befähigung einem menschlichen Wesen fehlt, dann könnte, falls dieses Fehlen als ein dauerndes mit Gewißheit vorauszusehen wäre, von einer Rechtsfähigkeit nicht die Rede sein. Das Gesetz müßte die betreffenden Menschen als wandelnde Gräber behandeln; der Staat würde ihnen gewiß, um das allgemeine Pietätsgefühl zu wahren, eine Fürsorge angedeihen lassen — aus der Reihe der Rechtssubjecte würden aber solche Wesen gestrichen sein.

Das Gesetz faßt nun aber einen jeden Mangel der entwickelten und vernünftige Geistesthätigkeit als einen vorübergehenden auf; es gestattet

---

*) Seuffert, Arch. IV. 106.

nicht der realen Wissenschaft, ein definitives Verdict über den geistigen Tod eines Menschen auszusprechen.

Wie aber haben wir in der Zwischenzeit, wo interimistisch die Willenslosigkeit nicht geleugnet werden kann, die persönliche Rechtsstellung der Blödsinnigen, Kinder rc. zu denken? Die Rechtslehrer finden gar keine Schwierigkeit darin, ein willenloses Subject, einen Säugling, als Subject von Rechten zu denken.

Wo der Thatbestand eines Rechtes in einem actuellen Willenszustande besteht, wie bei dem Besitze, dort fehlt dem Willenlosen dieser Thatbestand allgemein. Ein Willensconflict zwischen dem Kinde und einem Dritten ist nicht denkbar. Der Staat verleiht indessen den Curatoren Gewalt behuf Schutzes, vim ac potestatem tuendi causa, und das actuelle Wollen dieser, vermöge ihrer Amtspflicht nur durch das Interesse des Curanden inspirirten, Personen erhält dieselbe rechtliche Garantie, wie das Wollen in eigenem Interesse. Der Willen des Vormundes, daß Niemand die von ihm officio beherrschten Grundstücke betrete, daß Niemand die körperliche freie Bewegung seines Curanden hemme, ist in thesi ebenso berechtigt, als die Herrschaft über Sachen und Körper des Gewalthabers selbst.

Man könnte Zweifel hegen, wie hiermit übereinstimme, daß, falls ein Besitzer wahnsinnig wird, der Thatbestand seines Rechtes in thesi mithin erlischt, dennoch ein Fortbesitz angenommen werden solle, fr. 27 de poss. (Proculus).

Si is qui animo possessionem saltus retinet, furere coepisset, non potuit, dum fureret, ejus saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere.

Die praktische Folge dieser Meinung ist, daß erstlich die Usucapion nicht unterbrochen wird, und, daß ferner der bestellte Curator denjenigen, welcher zwischen dem Ausbruch des Wahnsinns und seinem ersten Versuche über das Grundstück zu verfügen, in demselben sich festgesetzt hat, austreiben darf. Die erstere Folge gehört der Usucapionslehre an und kann hier bei Seite gelassen werden, die letztere Folge ist näher zu betrachten.

Der Prätor hat den Curatoren von Wahnsinnigen nicht, wie den Erben, ein interdictum adipiscendae possessionis verheißen, um in den Besitz der von nun an ihrer Herrschaft unterliegen sollenden Objecte zu gelangen und die eine neubeginnende Herrschaft an die erloschene anzuknüpfen. Vermöge dieser Unterlassung sind aber die Curatoren nicht ungünstiger, sondern sie sind günstiger gestellt als Erben. Ein Erbe darf nicht den Besitzer eines Erbschaftsgrundstücks einfach austreiben, weil er die Hypothesis der Berechtigung seines Herrschaftswillens, das Erbesein, erst vor dem Richter klar zu stellen hat. Dahingegen ist die Bestellung als Curator eine offenkundige Thatsache, welche dieser bei Ausübung der Herrschaft über das Vermögen seines Curanden nicht erst gerichtlich bewahrheiten muß. Die Kunde, daß der Curande im Augenblicke des Wahnsinnsausbruchs gewisse Grundstücke besaß, berechtigt den Curator zu einem actuellen Herrschaftsbewußtsein und, da bei Grundstücken das Eindringen Unbefugter die Besitzesvor-

stellung nicht alterirt, zu sofortigem gewaltsamen Einschreiten. Die Besitzesvorstellung des Curators wegen der vom Curanden bis zu seiner Erkrankung besessenen Sachen bedarf nicht einer besonderen Documentation in einer Verfügung über die Sache, wie jeder sonstige Herrschaftbeginn. Der Grund liegt darin, weil hier nicht eine äußerliche Grenze zwischen dem Vorbesitz und dem Nachbesitz hervortreten muß, indem zwischen dem Curanden und Curator ein Besitzesconflict undenkbar ist. Mit der Amtsübertragung erachtet sich der Vormund als Herrn der vom Curanden bislang besessenen Objecte und stellt sich bei Beurtheilung des Umfangs dieser Herrschaft ganz auf den Standpunkt, welchen der Curande zur Zeit einnehmen würde, wenn er geistig gesund wäre. Für diese Continuität der Herrschaft, wenn auch ein Willen den anderen abgelöset und ersetzt hat, haben die Römer die Formel gebraucht, daß der Wahnsinnige fortfahre zu besitzen. Der hierin liegende Widerspruch ist dahin zu lösen, daß bei der Undenkbarkeit eines Besitzconflicts zwischen Curator und Curanden der ununterbrochene Uebergang der Herrschaft des Curanden in diejenige des Curators gemeint sein muß.

Wenn aber auch die Unmöglichkeit einer Berechtigung in thesi für ein willenloses Wesen klar sein möchte, so wird doch mit mehr Schein behauptet, daß es an jeder Schwierigkeit fehle, ein willenloses Wesen als Subject eines Rechtes in hypothesi zu denken. Ein solches Recht kann uns zustehen, ohne daß wir eine Ahnung davon haben, ein gegenwärtiger geistiger Zustand im Subject ist nicht erforderlich. Die Hypothesis wird in ihrer Wirksamkeit nicht dadurch vernichtet, daß der Berechtigte willensunfähig wird; der eintretende Wahnsinn des Gläubigers entkleidet nicht den Geldempfang auf Wiedergabe seiner juristischen Consequenzen. Ebensowenig verliert eine Hypothesis ihren rechtlichen Effect, weil bei ihrem Eintritt eine willensfähige Person noch nicht vorhanden ist, für welche ein Recht begründet werden soll, sondern erst der spätere Eintritt eines wollenden Subjects erwartet wird. Es giebt ja Erwerbe, bei denen factum personae operaeve substantia*) nicht erfordert wird. Das Eigenthümliche besteht darin, daß eine später eintretende Person sich auf Thatsachen zur Begründung ihrer Rechte berufen kann, bei deren Eintritt sie noch nicht willensfähig war, daß also zwischen diesem Eintritt und der Geltendmachung ein Zeitraum liegen kann, in welchem es an einem willensfähigen Subject fehlte. Ich gehe hier noch weiter als Ihering in seiner Lehre von den passiven Wirkungen der Rechte**), indem ich auch für den Fall der Willensunfähigkeit desjenigen Menschen, für welchen die Hypothesis Rechte zu begründen geeignet ist, nur eine passive Gebundenheit der Personen und Sachen für denkbar halte.

Die Erhaltung der juristischen Wirkungen der Erwerbsthatsachen auf den Zeitpunkt des Eintritts eines willensfähigen Subjectes kann für den einstweilen Willenlosen nicht genügen; um demselben den Genuß seines Vermögens zu verschaffen, wirft sich der Staat zum einstweiligen

*) fr. 61 §. 1 de A. R. D.
**) Dogmatische Ztschr. Bd. 10.

Herrn über Person und Vermögen des Pfleglings auf, bestellt und bevollmächtigt Organe, welche die in ihren Wirkungen auf den Curanden bezüglichen Erwerbsthatsachen geltend zu machen befugt sind, in ihrer Verfügung aber nicht durch die eigene Lust oder Unlust, sondern lediglich durch ihre auf Wahrung des Pfleglingsinteresses gehende Amtspflicht*) inspirirt sind. Alsdann ist die Lücke des Subjectes ausgefüllt — tutor domini loco est, personam domini sustinet**). Der Staat ist ein vollständig uneigennütziger Zwischenherr und setzt den Zweck seines Handelns lediglich in das Interesse des Curanden. Wenn aber auch der Genuß des Destinatärs vollständig durch den, keiner Untreue fähigen, Willen des Destinanten gesichert ist, so ist doch ein gesetzlich gesicherter Genuß vom Rechte sehr wohl zu unterscheiden. Der Pflegling steht zu seinem Gewalthaber für die Dauer der Gewalt nicht in einem privatrechtlichen Verhältnisse, wie ein Mandant; dessen Pflichterfüllung geschieht der Obrigkeit gegenüber, nöthigenfalls auf von dieser anzuwendende Zwangsmittel***). Die Prüfung der Verwaltung bei Beendigung der Vormundschaft und die Herausgabe des Gutes an den früheren Pflegling wurde die Regelung nöthigenfalls im bürgerlichen Processe überlassen, während bei streng durchgeführter Behandlung der Vormundschaft als eines Amtes, der Vormund nur von seiner vorgesetzten Behörde zum Vermögensnachweis und zur Restitution anzuhalten und nur in den engen Grenzen der Syndicatsklage zu belangen sein würde.

Während bei der Privatvollmacht der ausdrücklich in derselben handelnde Vertreter sich aller Welt gegenüber als ein Glied und Organ des Vertretenen darstellt, welches lediglich von dessen Willen inspirirt wird und demselben sich unterordnet, findet, wenn man den Vormund als Vertreter, den Pupillen als Vertretenen bezeichnet, hier ein solches, die Wirkungen der Rechtsgeschäfte von dem Vertreter ableitendes und auf den Vertretenen beziehendes Willensunterordnungsverhältniß nicht statt, sondern im Gegentheil, der Willen des Vormundes ist dem Willen des Curanden übergeordnet. Bei der Willensunterordnung erscheint jeder in Vollmacht vorgenommene Rechtsact, direct als persönliche longa manu vollzogene Handlung des Vertretenen — wenigstens nach heutigem Rechte, während die Römer nur für den Besitz ein solches longa manu Handeln als eigenes Handeln des Vertretenen ansahen. Eine solche, die Rechtswirkungen der Handlungen des Vertreters auf den Vertretenen hinüberleitende Causalität zwischen dem Willen des Letzteren und dem Act des Ersteren findet bei dem vormundschaftlichen Handeln nicht statt. Hier hat der Staat die Verfügung über Vermögen und Person des Pfleglings, kraft öffentlichen Rechtes als

---

*) Deshalb wird auch keine Amtshandlung als spontaner Willensact angesehen, welches den Vormund als Privatperson präjudiciren könnte. Rudorff, Vrmdsch. §. 130.

**) fr. 56 §. 4 de furtis. fr. 157 pr. de R. J. fr. 27 de adm. tut.

***) Foerster, Preuß. Privat-Recht §. 234 Note 8. Die pignoris capio zur Erzwingung der cautio rem pupilli salvam fore — §. 3 J. de satis dat. sicherte nach römischem Recht die Pflichterfüllung im Allgemeinen, die Prüfung im Einzelnen wurde dem Pflegling nach beendeter Tutel überlassen.

Fiduciar in die Hand genommen und die Ausübung dieser Verfügung seinem Organe, dem Vormund, übertragen. Die Beziehung der Rechtswirkungen der vormundschaftlichen Acte auf den Pflegling als Destinatär und nach erlangter Mündigkeit als Berechtigten beruht auf dem Willen des Staates, nur als Fiduciar aufzutreten. Dem Pflegling ist kein Diener untergeordnet, sondern es ist ihm ein Herr gesetzt worden, dessen Diener er einstweilen ist.

Der herrschende Wille, welcher Träger der Rechte ist, steckt in dem Vormunde; der Pupill kann wie Haussohn und Sclave, soweit er überhaupt dazu fähig ist, nur als Organ eines fremden Willens auftreten, nur daß dieser fremde Willen hier ein lediglich den Vortheil des Pupillen im Auge habender Amtswillen ist.

Um ein taugliches Organ zur Ausführung eines fremden Willens zu sein, muß der Pflegling mindestens soviel Unterscheidungsvermögen besitzen, daß eine geistige Einwirkung auf ihn möglich ist und der Causalzusammenhang mit dem Willen des Vormundes deutlich hervortritt. Soweit dem Pupillen Verständniß beiwohnt, haben seine Handlungen rechtliche Wirkungen, wenn sie nur auf den Willen des Tutor — der als alle reinen Erwerbungen im Voraus wollend angesehen wird*) — zurückzuführen sind.

Die Aussprüche:

fr. 189 de R. J. Pupillus nec velle nec nolle in ea aetate nisi ad posita tutoris auctoritate creditur, nam quod animi judicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est und

fr. 1 §. 3 de poss. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim rem facti non juris esse: quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sit, ut intellectum capiat —

widersprechen sich nicht, wenn man sie nur dahin auslegt, daß der gewaltuntergebene Pupill keinen eigenen Willen, sondern nur einen ausführenden Willen haben kann, welcher letztere aber bei allen reinen Erwerbungen wie dem Besitzerwerbe einer concreten tutoris auctoritas nicht bedarf.

Die Tauglichkeit des Pupillen als Organ des Tutor zu fungiren ist nicht an ein bestimmtes Alter, sondern nur an die Fähigkeit gebunden, auf Befehl des Tutor die äußere Handlung vorzunehmen**). Mit dem siebenten Lebensjahre wurde diese Fähigkeit als jedenfalls vorhanden angenommen und dann war es zur Klarlegung der Tendenz des Rechtsgeschäftes üblich, den Curanden zuzuziehen, pupillum exhibere, ein Ausdruck, welcher klar darlegt, daß man den Pflegling als ein Instrument in der Hand des Vormundes betrachtete. Von einem Verständniß und einem Wollen des Rechtsactes kann natürlich auch bei siebenjährigen Kindern nicht die Rede sein.

*) fr. 11 de A. R. D. Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate.

**) Unterholzner, Ztschrft. f. gesch. Rechtswissenschaft I. Nr. 3.

fr. 5 de R. J. In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent. Nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest.

Bei den Besitzerwerbshandlungen kann die Thätigkeit des Pupillen in dessen bloßer Gegenwart, in dem Betreten eines Grundstücks, in einem mechanischen Handanlegen oder auch in einem von dem Pflegling völlig verstandenen Besitzact bestehen. Die Fähigkeit desselben ist stets individuell zu bestimmen*), eine missio ad possidendum — fr. 1 §. 11 de poss. — wird der Vormund nur bei entwickeltem Intellect anwenden können ohne die Gefahr, Zweifel in den Besitzthatbestand hineinzubringen.

Wenn die römischen Rechtsquellen auch den Vormund als Herrn des Vermögens des Pupillen bezeichnen, so wird doch, was den Besitz anlangt, nicht von einem Besitze des Tutors in seiner Officialeigenschaft, sondern stets von einem Besitze des Pfleglings gesprochen, obgleich in der Person dieses Letzteren der Besitzthatbestand wegen der Unmöglichkeit einer Herrschaftsvorstellung selbst in einem geistig ausgebildeten, aber immer doch gewaltunterthänigen Wesen ausgeschlossen ist. Von weiteren praktischen Folgen ist diese Verwechselung um deswillen nicht, weil die, was die Trägerschaft des Besitzrechts anbelangt, verwechselten Personen niemals gegen einander in eine Besitzcontroverse treten können; der Kampf um die Sache, ein confligirendes Herrschaftsbewußtsein ist zwischen dem Pupillen und seinem Vormunde selbstverständlich ausgeschlossen; es kommt also stets auf ganz dasselbe heraus, wenn man sagt, der Vormund besitze, oder wenn man dem Pupillen, dem Destinatär nicht dem Herrn des Rechtes, den Besitz zuschreibt. Nur tritt man bei der letzteren Ausdrucksweise mit dem Axiom der Besitzlehre in Widerspruch, daß wir animo utique nostro besitzen.

Dieser nicht gelöste Widerspruch bildet die Schwierigkeit in den nachstehenden vielbestrittenen Stellen.

fr. 32 de poss. Infans recte possidere potest, si tutore auctore coepit: nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis causa enim hoc receptum est: nam alioquin nullus sensus infantis est accipiendi possessionem. (Paulus).

Die Nothwendigkeit des judicium in possidente wird zugestanden, die daraus folgende Unmöglichkeit des Besitzes eines Kindes aber durch die utilitatis causa recipirte Annahme beseitigt, daß die Auctorität des Vormundes den mangelnden Besitzwillen in dem Kinde herstelle. Diese Supplirung enthält eine Fiction. Das Kind soll behandelt werden, als ob es judicium hätte, während es zugestandener Maßen kein judicium hat. Diese Fiction ist ein Behelf der Rechtswissenschaft, um über eine theoretische Schwierigkeit hinwegzukommen, nicht eine Ausdrucksweise des zwei Fälle ohngeachtet ihrer Verschiedenheit gleichbehandelnden Gesetzgebers. In der Rechtswissenschaft ist eine jede Fiction ein unzulässiger Verzicht auf innere Begründung. Für den Gesetzgeber mag sie am Platze

*) Savigny §. 521. S. 249. Note 1.

sein, denn derselbe befiehlt und deducirt nicht und kann den theoretischen Schlüssel zu seinen Befehlen in seinem Busen bewahren, da man in die Gesetze nicht die Motive zu denselben mit aufzunehmen braucht.

Wenn aber auch die römischen Juristen bei einem solchen Verzichte stehen geblieben sind, so ist es doch unsere Pflicht, die inneren Fäden aufzusuchen und die wissenschaftliche Lücke zu ergänzen. Die Ergänzung liegt in der Erkenntniß, daß der Vormund in seiner Eigenschaft als Staatsorgan wirklich Besitzer, der Pupill bis zur erreichten Volljährigkeit nur Destinatär des Rechtes ist, daß es also an einem judicium in possidente nie und nimmer fehlt. Während der Detentor in Willensabhängigkeit, der Prodominus in rechtlicher Gebundenheit durch die conditio reddendi einem Herrn gegenüber besitzen, besitzt der Curator nur im Interesse des nicht als Herr, sondern als Schützling ihm gegenüber stehenden Curanden. Eine privatrechtliche Gegenüberstellung ist erst nach beendeter Tutel möglich und tritt alsdann der Tutor in die Stellung eines Prodominus.

Die Worte „nam alioquin etc." bilden keine Schwierigkeit. Alioquin, das heißt, si suppletio judicii non esset recepta, wenn kein fingirter Besitzwillen angenommen würde, nullus sensus infantis est, hat das Kind überhaupt keinen Besitzwillen. Savigny S. 252 schließt diese Erklärung und die Annahme der hier gegebenen Florentinischen Lesart aus, weil auch im Falle der suppletio das Kind keinen wirklichen Besitzwillen habe; dies ist zwar richtig, aber dann soll es ja gerade einen supplirten oder fingirten Besitzwillen haben und dieser wird dem nullus sensus ohne Auctorität entgegengesetzt.

Noch mehr Schwierigkeit hat l. 3 C. de poss. gemacht.

Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim auctorum sententiae sint dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam. Alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio poterit acquiri.

In dieser Stelle soll offenbar als Voraussetzung der Perfection einer Schenkung an den Pupillen der Besitzübergang von dem Schenkgeber auf den Schenknehmer festgestellt werden. Die Worte „a quacunque persona" deuten in für das Justinianeische Recht überflüssiger Weise nur an, daß in der hier in Rede stehenden Beziehung ein Personenunterschied überall nicht gemacht wird. Als Gegenstand der Schenkung sind Grundstücke zu denken, nicht etwa Spielsachen und Kastanien, wie Azo und Lenz annehmen. Dies erhellt nicht nur aus dem von Rudorff — Anhang zu Savigny Nr. 77 — angeführten Grunde, weil l. 3 C. de don. sub modo ein Beispiel der Interpolation „rerum" für „stipendiariorum" in Fragm. Vat. 283 darbietet, sondern auch aus dem vornehmlich von Immobilien gebrauchten Ausdrucke vacua possessio *). Letztere Gebrauchsweise erklärt sich leicht daraus, weil die

---

*) l. 8 C. de A. E. V. l. 13 C. de distr. pign.

Vacuität des Besitzes — sit venia verbo — bei Mobilien im Traditionsacte offenbar ist, der Tradent durch die Hinüberreichung den Beweis liefert, daß er Besitzer ist, während bei Immobilien seine Eigenschaft als Besitzer zweifelhaft, der bessere Besitz eines Abwesenden stets möglich bleibt und deshalb die Constatirung der Besitzesleerheit von Bedeutung wird.

Von dem Pupillen heißt es: possessio corpore ei quaeritur. In der Person des Kindes ist ein mehreres als eine unverstandene äußere Handlung, bestehend in einer mechanischen Bewegung, nicht denkbar. Der Besitz wird dennoch erworben, darüber war man einig. Während in der vorbesprochenen Stelle Besitzerwerb mittelst eines fingirten Besitzwillens annimmt, wird in der Coderstelle von diesem Rechtsbehelfe kein Gebrauch gemacht. Dort heißt es, das Kind erwürbe mit fictivem Besitzwillen, hier wird die Abwesenheit des eigenen Judiciums ebenfalls zugestanden und deshalb gesagt, das Kind erwürbe lediglich corpore. Der Ausdruck corpore quaeritur hat den Sinn, daß von Seiten des Kindes der äußere Act, soviel seine Mitwirkung anbelangt, genügt, während von den Erfordernissen auf Seiten des Vormundes nicht ausdrücklich die Rede ist, jedoch selbstverständlich bei Letzterem der in der auctoritatis interpositio sich offenbarende Besitzwillen erforderlich bleibt.

Die referirte abweichende Meinung der Rechtslehrer stützte sich gewiß auf die unumstößliche Regel, daß wir animo et corpore und zwar animo utique nostro den Besitz erwerben. Diese Regel steht ja auch dem Besitze des Kindes unabwendbar entgegen. Die Lösung liegt, wie schon gesagt, darin, daß, was Kindesbesitz genannt wird, correcter Officialbesitz des Vormundes zu nennen ist.

Dem Satze: „Quamvis auctorum sententiae sint dissentientes“ — wird der Satz entgegengestellt: „tamen consultius videtur interim.“ Mit dem gemeiniglich zu den folgenden Worten gezogenen „interim“ hat man sich viele Schwierigkeiten gemacht, aber eine Bedeutung desselben ganz übersehen, nämlich die adversative gleich unserem deutschen „indessen“ *). Danach würde interim bedeuten: „auctoribus dissentientibus“, eine Verstärkung des tamen bilden und mit „doch indessen“ — allerdings eine Häufung — zu übersetzen sein. Zieht man interim zu den Folgeworten „possessionem esse quaesitam“, dann würde hiermit ein pendenter Besitzstand bezeichnet sein, bei welchem sich, wie Rudorff, Anhang Nr. 77 S. 648 auch meint, Besitz oder Nichtbesitz ex postfacto, je nachdem der prüfende Vormund den Erwerbseffect genehmigt, entscheidet. Hierbei ist übersehen, daß der Thatbestand eines Rechtes in thesi nicht von einer zukünftigen Hypothesis in Abhängigkeit gebracht werden kann, ein pendenter Besitz ebenso unmöglich ist, wie ein pendentes Mittagsessen des Pupillen, bei welchem der Vormund hernach entscheiden soll, ob der Pflegling gegessen hat oder nicht. Die zur Unterstützung der in dem Rescripte getroffenen Entscheidung angeführte Meinung von Papinian enthält einen Schluß a majore ad

---

*) Cic. pro Roscio 29. Interim mihi videris una mercede duas res assequi velle. Cic. ad Att. VII. 12. Interim velim mihi ignoscas.

minus. Das majus ist der Erwerb per tutorem. Dieses majus ist recipirt. Ohne daß das Kind irgendwie auch nur corpore thätig wird, gilt dasselbe als Besitzer. Eine weit geringere Abweichung von der Regel liegt dann vor, wenn der Tutor das Kind als expressives Werkzeug benutzt hat, dasselbe zum Beispiel in das Grundstück hineinführt; wollte man hier den Besitzerwerb negiren, dann müßte man ihn noch vielmehr in dem Falle negiren, wenn der Tutor ganz allein gehandelt hat.

c. Unter väterlicher Gewalt stehende Personen.

Der Gewaltunterworfene kann in keinen civilrechtlichen Gegensatz zu dem Gewalthaber treten, lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus nisi ex castrensi peculio.*) Er kann nicht für sich unabhängig und im möglichen Widerspruche mit dem Gewalthaber irgend ein Recht erwerben wollen; der auf einen eigenen Rechtserwerb gerichtete Willen kann nur dadurch rechtliche Sanction erhalten, daß er mit dem Willen des Gewalthabers übereinstimmt, daß dieser dem Unterthänigen einen Spielraum des Handelns für eigene Rechnung zugestanden hat, und die Resultate des Handelns unter seinen Schutz nimmt.

Sehen wir von dem peculium castrense, wegen dessen der Sohn als Hausvater auftritt, und von dem adventitium irregulare ab, wegen dessen der Sohn während seiner Minderjährigkeit als Pupill zu behandeln ist, dann ist bezüglich alles übrigen Vermögens die Personeneinheit auch noch im Justinianeischen Rechte gewahrt. Dieselbe ist nicht dadurch durchbrochen, daß bezüglich des Adventizgutes die Verfügung über die Substanz nicht mehr dem Vater als privates Recht zusteht. Hinsichtlich dieser Verfügung hat der Vater die Stellung als öffentlich rechtlich bestellter Schutzherr seines Kindes erhalten. Die Ausübung der väterlichen Gewalt ist, was das Adventizgut anbelangt zu einem öffentlichen Amte geworden. Nicht dem Kinde gegenüber ist der Vater gleich einem Besorger fremder Angelegenheiten in ein privatrechtliches Verhältniß gebracht. Die Verantwortlichkeit des Vaters besteht nur der Obrigkeit gegenüber, welche ihm bei schlechter Wirthschaft die Verwaltung entziehen kann. Seine amtliche Gewalt ist überdies insofern begrenzt, als ihm die Veräußerungsbefugniß genommen und damit der Pflegschaftsbehörde die Ermächtigung zu etwaigen Veräußerungen vorbehalten ist. Man muß die Sache so ansehen, daß bei allen durch die Person des Kindes vermittelten Erwerben der Vater das berechtigte Subject geblieben und nicht etwa zum Geschäftsführer seines Sohnes gemacht worden ist. Jedoch wegen aller unter den Begriff des Adventizguts fallender Erwerbe ist er nicht privater, sondern officieller Träger des Rechtes, in Rücksicht der Dauer und der Ausübung des Rechtes gebunden und begrenzt durch sein Officium. Während der Dauer der väterlichen Gewalt hat zwar der Vater Pflichten, aber das Kind noch keine Rechte. Darüber, daß das

*) fr. 4 de jud.

Kind im Augenblicke des Erlöschens der Gewalt in alle Rechte an dem Adventizgute einrückt, wacht ein höherer Gewalthaber, der Staat, dessen Können in mero jure soweit reicht wie sein Wollen. Mag man immerhin die öffentlich garantirte Gewißheit, daß mit dem Ende der Gewalt das Adventizvermögen auf den bisher Gewaltunterworfenen übergeht, ein Recht am Adventizgute nennen, privatrechtliche Grenzen, wie zwischen Usufructuar und Eigenthümer sind zwischen Vater und Kind undenkbar. Bindende Rechtsgeschäfte über das Adventizgut sind deshalb zwischen Vater und Kind ausgeschlossen, denn das Kind hat kein Recht, über welches es verfügen kann und von einer Amtspflicht kann es seinen Vater nicht dispensiren. Windscheid*) meint die Compilatoren hätten bei Festhaltung der allgemeinen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind abgesehen vom castrensischen Erwerbe die neuesten Gesetze über das Adventizgut nachlässiger Weise nicht berücksichtigt, ein Vorwurf, welcher gewiß nicht gerechtfertigt ist.

Die Herrschaft über den Sclaven unterscheidet sich von der väterlichen Gewalt dadurch, daß sie keine Schutzherrschaft ist und nicht wie diese ihren Zweck in dem Besten des Gewaltunterworfenen, sondern in dem Nutzen des Gewalthabers findet.

Die Potestas ist eine weitergehende Herrschaft als der Besitz und von demselben charakteristisch dadurch verschieden, daß sie an bestimmte civile Voraussetzungen gebunden ist. Zum Besitzer kann sich ein jeder Bürger nach eigener Willkür aufwerfen, er gewinnt das Recht als Besitzer mit der vollendeten Thatsache der Herrschaft. Die Potestas hingegen verleiht das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen, bonitarisches Eigenthum am Sclaven, eheliche Zeugung des Sohnes**).

Der Besitz besteht lediglich in der mechanischen Ortsbestimmung der Sache. Ist das Object ein denkendes und wollendes Wesen, dann besteht mithin der Besitz darin, daß wir durch physische oder psychische Einwirkung seinen körperlichen Aufenthalt bestimmen. Wie bei den Thieren ist die Fesselung eine Art des Besitzes. Während die Besitzobjecte nur durch die Macht und die getroffenen Maßregeln des Herrn unter dessen Herrschaft erhalten werden, behandelt das Gesetz die Gewaltunterworfenen nicht lediglich als leidende Objecte, sondern schärft ihnen Pflichten ein, fordert von ihnen Treue und Gehorsam gegen den Herrn.

Unser Verhältniß zum Sclaven kann sich auf den bloßen Besitz beschränken, wenn wir nämlich wissen, daß einem Anderen das die Gewalt begründende dingliche Recht zusteht. Der souveräne Willen ohne irgend welche Rückbeziehung auf eine gewaltbegründende Thatsache genießt eines

---

*) Pand. §. 519.

**) fr. 23 § 2 de poss. Item quaero si vinxero liberum hominem ita ut eum possideam, an omnia quae is possidebat, ego possideam per illum. Respondit: si vinxeris hominem liberum eum te possidere non puto; quod cum ita se habeat multo minus per illum res ejus a te possidebuntur; neque enim natura recipit, ut per eum aliquid possidere possim quem civiliter in mea potestate non habeo. Nur wegen Nichtbesitzbarkeit der Sache führt die Fesselung keinen Besitz mit sich; dahingegen eine potestas könnte sie auch am gefesselten Sclaven nicht schaffen.

gewissen Rechtsschutzes durch das Interdictum Utrubi. Bei Haussöhnen kann man sich dagegen nicht willkürlich als Herrn setzen, sondern man muß sich für den Herrn halten. Die Besitzesherrschaft kann usurpirt werden, nicht aber die Schutzherrschaft. Deshalb stützen sich die interdicta de liberis exhibendis et ducendis nicht auf den Besitz; proprietatis causam continent, juris tuendi causa competunt. Alle Stellen*) in den Pandecten, welche wir über den Besitz an und durch den Sclaven auf der Flucht haben, beziehen sich auf solche Sclaven, an denen wir auch die Gewalt haben oder zu haben vermeinen, wie schon daraus hervorgeht, daß wir per alium possidere non possumus, quem civiliter in potestate non habemus. Das der freien Bewegung überlassene Thier kann die consuetudo revertendi in jedem Augenblicke ablegen und dadurch den Faden abreißen, an welchem unsere Herrschaft hängt. Von einer Pflicht kann man sich aber nicht lösen, sie begleitet uns überall hin, wohin wir auch gehen, um ihr auszuweichen. Abgesehen von der potestas würde nur das propositum redeundi des Sclaven die Fortdauer unserer Herrschaft begründen.**) Im Falle der potestas hingegen hält die Pflicht zur Rückkehr unseren Besitz aufrecht, der Rebelle bleibt Unterthan, es müßte sich denn ein Anderer der Herrschaft über ihn bemächtigt haben, so daß er nicht mehr über sich selbst verfügen kann. Gehen wir nun zu dem Besitzerwerbe der Gewaltunterworfenen für ihre Gewalthaber im Einzelnen über.

Was die Vorstellungsweise des Gewaltunterworfenen bei seinen Besitzhandlungen anbetrifft, so ist eine doppelte zu unterscheiden. Erstlich kann er lediglich den Detentionswillen haben, operam et ministerium duntaxat alienae possessioni praestare. Hierbei kann er entweder im Auftrage seines Herrn oder im Auftrage eines Dritten handeln.

Savigny S. 312 sagt, ein Sclave könne den Auftrag, Besitz zu erwerben, nur übernehmen, vorausgesetzt, daß er von Niemandem besessen werde, weil er sonst über keine seiner Handlungen Herr sei, also auch durch diese Handlungen keinem anderen die Herrschaft über die Sache geben könne. Zwischen Besitzbeginn und Besitzfortsetzung dürfte man dann auch keinen Unterschied machen — Savigny begeht zwar diesen auch schon von Andern gerügten Fehler — und müßte man somit den Sclaven im Allgemeinen die Fähigkeit absprechen, als Detentoren für Dritte zu fungiren.

Wir müssen diesen Fall völlig scheiden von dem Falle, in welchem der Gewaltunterworfene für sich selbst erwerben will, die Gewalt über seine Person aber für den Herrn den Besitz an allen in seinen Händen befindlichen Sachen vermittelt, ohne daß es einer besonderen Willensunterordnung für den einzelnen Besitzerwerb bedürfte. Gerade diesen Fall bezeichnen die Quellen als acquisitio per servum vel filium. Nur der durch das Gewaltverhältniß vermittelte Erwerb kommt in Betracht, wenn es heißt, daß dem Putativvater, dem den Sclaven besitzenden

*) fr. 1 §. 14. 50 §. 1. 15. de poss.
**) fr. 47 de poss.

Pfandgläubiger, dem bösgläubigen Besitzer nicht, und dem gutgläubigen Besitzer nur beschränkt erworben würde.

Nimmt der Gewaltunterworfene Besitzacte in ausdrücklicher Willensunterordnung unter eine bestimmte Person vor, sei diese sein Gewalthaber oder eine andere Person, dann ist dieser Besitz nicht durch das Gewaltverhältniß vermittelt und wird somit auch durch die Erkenntniß über die Nichtbegründung desselben nicht afficirt. Wenn ein Sclav für sich einen Besitz begründen will, so muß er implicite für seinen Herrn besitzen wollen, sogar wenn er dem Herrn die Sache gestohlen hat. Will er aber für einen Dritten Besitz erwerben, dann vermittelt die Gewalt über seine Person keine Herrschaft über die Sache, deren Besitzer der Sclav gar nicht sein will. Haec quae de servis diximus ita se habent, si et ipsi velint nobis acquirere. Nam si jubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem ut nolit tibi sed potius Titio acquirere non est tibi acquisita possessio*).

Für einen Dritten ist allerdings der einer fremden Gewalt unterworfene Sclav nur unter besonderen Umständen ein taugliches und zuverlässiges Organ, da der Herr ihn jeden Augenblick von der Detention abrufen kann. Unbedingt bejaht wird die Tauglichkeit des Sclaven nur für den Fall, daß er zur Zeit von Niemandem besessen wird**). Sobald indessen mit specieller oder allgemeiner Erlaubniß des Herrn der Sclav für Dritte Besitzhandlungen vornimmt, kann derjenige, in dessen Namen und Auftrage diese Handlungen vorgenommen, auf dieselben sein Herrschaftsbewußtsein ebensogut gründen, als auf die Handlungen freier Personen. Wenn man bedenkt, daß im römischen Verkehrsleben die Sclaven für eigene Rechnung Rhederei und Handel trieben, Grundstücke mietheten, ihre eigenen Dienste vermietheten, dann wird es klar, daß alle die verschiedenen Detentionsverhältnisse, welche bei Miethe, Mandat, Depositum und Commodatum vorkommen, auch in der Person der Sclaven stattfanden.

Der Haussohn dagegen ist wie der Pupill***) ein vollständig taugliches Besitzwerkzeug, da die über diese Personen stattfindende Schutzherrschaft, deren Verfügung über ihre auch anderen Personen als ihren Gewalthabern zu leistenden Dienste nicht entgegensteht. Nur wenn die Willensunterwerfung des Sohnes dem Willen des Gewalthabers widersprechen würde, ist sie für den Besitzstand wirkungslos, nämlich in dem Falle, daß der Sohn, welchem nicht libera administratio peculii überlassen ist, durch constitutum possessorium den Besitz veräußern wollte. Hier gilt auch das fr. 29 de poss. von dem Pupillen Gesagte, animo non potest amittere possessionem.

Wir kommen jetzt zu dem durch das Gewaltverhältniß allein vermittelten Besitz.

Auch die Herrschaft über die Sclaven ist bis zu einem gewissen Grade bei den Römern eine Schutzherrschaft gewesen. Der Gewalt-

*) fr. 1 §. 19 de poss. (Paulus).
**) fr. 31 §. 2 de u. e. u. fr. 34 §. 2 de poss.
***) fr. 32 de poss.

unterworfene konnte sich zwar rechtlich nicht als Subject von Rechten betrachten, thatsächlich und natürlich war er indessen nicht von allem Erwerbe für sich selbst ausgeschlossen. Die den römischen Herren physisch und geistig sehr häufig gleichkommenden Sclaven waren ganz andere Erwerbswerkzeuge als die Neger auf den Zuckerplantagen. Man gebrauchte ihren Kopf ebenso wie ihre Arme und übertrug ihnen besonders die Leitung von Handelsgeschäften in ausgedehntem Maßstabe. Auch in der Landwirthschaft waren sie nicht bloße Mähmaschinen, sondern weit mehr leibeigene Bauern. Wenn man aber eine ganze Menschenclasse zu so vielseitigen, heutzutage unserem freien Mittelstande obliegenden Dienstleistungen benutzt, dann liegt es im Interesse des Herrn, dem Untergebenen einen gewissen Spielraum des Handelns für eigene Rechnung zu lassen, weil die Selbstsucht das beste Motiv zu angestrengter Thätigkeit bildet. Diese Concession blieb aber stets discretionärer Natur und erstarrte niemals zu einem civilen Rechtsverhältnisse zwischen Herrn und Sclaven. Auch die glebae adscripti konnten nicht litem civilem domino inferre*), nur wurde das Recht des Herrn hier begleitet von einer, aber lediglich öffentlich rechtlich, auferlegten Pflicht**). Der Staat mischte sich dahinein, wie der Herr seine Colonen behandelte, aber der Colon konnte nicht den Herrn vor Gericht fordern und sein Rechtsverhältniß feststellen lassen. Auch hier leuchtet der Grundsatz durch, daß der Gewalthaber zu dem Gewaltunterworfenen nie in ein Privatrechtsverhältniß treten kann. Die Obrigkeit beaufsichtigt die Ausübung der Gewalt und läßt sie bei Hauskindern zu einer selbstlosen amtlichen Schutzherrschaft werden, sie macht den Gewaltunterworfenen zum Object ihrer Fürsorge, aber nie zum Subject von Rechten.

Zwischen dem Sclaven und dem Haussohne findet der Unterschied statt, daß der Letztere, was reine Erwerbshandlungen anbetrifft, der Erlaubniß des Vaters zu der Vornahme derselben und des Schutzes des Vaters von vornherein sicher ist: wie der Pupill ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, so gilt auch jeder extrinsecus von dem Sohne gemachte Erwerb als im Voraus vom Vater genehmigt und als Adventizgut, zu dessen Bewahrung und Vertheidigung der Vater durch sein Officium verpflichtet ist. Eine concessio peculii, eine besondere Gewährung eines freien Spielraumes zu selbstständigem Handeln, kommt im Justinianeischen Rechte nur noch insofern vor, als der Vater Mittel zu solchem Handeln aus seinem Vermögen ausscheidet und dem Sohn übergiebt.

Der Gewaltunterworfene handelt entweder als Organ eines fremden Willens und dann ist die Willensrichtung des Gewaltunterworfenen von Bedeutung, der servus in possessionem missus, der nicht für seinen Herrn, sondern für einen Dritten erwerben will, erwirbt seinem Herrn nicht; dafür aber bleibt es unschädlich, wenn er für ihn erwerben will, daß die supponirte Potestas sich hernach als nicht bestehend erweiset.

*) c. 1 C. Th. ne colonus inscio domino alienet peculium vel litem ei inferat civilem 5, 11.

**) l. 23 C. de agricolis.

Oder der Gewaltunterworfene handelt nicht als Organ, sondern in eigenem Namen und für eigene Rechnung. Alsdann ist es gleichgültig, ob der Sclav seinen Herrn anerkennt und für denselben erwerben will; sogar wenn er ihm Sachen stiehlt oder sich selbst auf die Flucht begiebt, bewahrt er ihm den Besitz an den gestohlenen Sachen und an sich selbst. Dahingegen ist für den Besitz durch den Gewaltunterworfene in dieser Richtung von Relevanz, daß wirklich die Gewaltherrschaft über denselben rechtlich begründet sei; durch die Erkenntniß, daß derjenige, welchen ich für meinen Sohn oder Sclaven hielt, nicht in meiner Potestas stehe, fällt mein Herrschaftsbewußtsein bezüglich aller derjenigen Sachen hinweg, welche diese Personen im eigenen Namen inne haben. Der Herr über den Herrn der Sache ist Herr der Sache, mit der Herrschaft über die Person fällt aber auch die durch das Gewaltverhältniß vermittelte Herrschaft über die Sache.

Peculiariter agere bezeichnet die Absicht der Gewaltunterworfenen im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu handeln*). Soll das so Erworbene und Besessene dritten Personen als peculium haftbar sein, so müssen diese beweisen, daß es volente domino erworben und besessen sei.

An mehreren Stellen in den Pandecten wird als etwas Besonderes hervorgehoben**), daß durch peculiare Handlungen dem Gewalthaber auch ohne sein Wissen Besitz erworben werde, beim Haussohne sogar ohne Kenntniß des begründeten Gewaltverhältnisses, während bei dem Sclaven der Herr denselben besitzen, also das Gewaltverhältniß kennen muß.

Bei dem durch das Gewaltverhältniß vermittelten Besitze ist der Causalnexus zwischen dem Wollen und Vorstellen des Herrn und der Ortsbestimmung der Sache ein noch entfernterer als bei der Besitzergreifung durch einen Generalmandatar, so daß es scheinen könnte, als wenn der Besitz des Gewalthabers auf einen fremden Willen sich gründete.

fr. 3 §. 12 de poss. Ceterum animo nostro corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum. Nec movere nos debet, quod quasdam res etiam ignorantes possidemus, id est, quas servi peculiariter paraverunt; nam videmur eas eorundem et animo et corpore possidere.

Der animus possidendi des Gewalthabers besteht lediglich in der Vorstellung, daß dem Gewaltunterworfenen ein gewisser Spielraum freien Handelns zugestanden ist. Insoweit bei dem Sclaven ein solches Zugeständniß nicht stattgefunden hat, wirken dessen Besitzhandlungen für den Herrn erst in dem Augenblicke, wo derselbe sie erfährt.

fr. 44 §. 1. Nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem. Wenn vor der scientia kein Besitz vorhanden ist, dann

*) fr. §. 3 de lib. causa „patre mandante“ und „peculii nomine agere“ werden hier einander entgegengesetzt.

**) fr. 1 §. 5, 3 §. 12, 4. 44, §. 1 de poss.

kann Jedermann dem Sclaven ebenso die Sache abnehmen, wie dem Hunde ein Stück Wild, welches derselbe sich auf eigene Hand gefangen hat, ohne sich einer Besitzverletzung schuldig zu machen. In seiner Handlungsweise könnte höchstens eine mittelbare Injurie für den Herrn liegen. Es ist aber die Frage, ob man nicht bei dem Sclaven eine Peculiarconcession bei allen Erwerben ex justa causa supponiren muß*). Bei dem Haussohn wird dieselbe jedenfalls supponirt, da der Vater den adventicischen Erwerb desselben zu schützen verpflichtet ist**). Da auch der Sclave auf der Flucht seinem Herrn selbstverständlich ohne dessen Wissen Besitz erwerben soll, ohne daß des Vorliegens einer besonderen causa peculiaris gedacht wird, so bleibt als im eigenen Namen gemachter, nicht peculiarer Erwerb nur der Erwerb ex maleficio über.

fr. 24 de poss. Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is qui in potestate tua est, ignoranti tibi non corporalem sed justam possessionem potest acquirere, sicut id quod ex peculio ad eum pervenit possidet. Nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia quod ex justa causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est, et peculium, quod servus quidem civiliter possidere non potest, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. Quod vero ex maleficiis apprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam apprehendit.

Die Folge hiervon ist, daß jeder vi oder clam erlangte Besitz dem Sclaven von jedem Dritten auch außerhalb der Grenzen der Besitzesnothwehr ungestraft abgenommen werden kann. Der heimliche oder gewaltsame Besitz des Sclaven ist vogelfrei, während der römische Bürger, selbst wenn sein Besitz der Clandestinität oder Gewaltsamkeit beschuldigt wird, verlangen kann, daß nicht Gewalt, sondern der Richter den Streit schlichte und nur von demjenigen eine Rügung seiner widerrechtlichen Handlungsweise zu gewärtigen hat, welchem gegenüber er sich vergangen.

Etwas anders liegt die Sache bei dem Haussohne und bei dem Pflegling. Vater und Vormund sind nicht verpflichtet, einen gewaltsam erlangten Besitz des Schutzbefohlenen zu vertheidigen. Es tritt hier aber ein weiterer auf der Schutzpflicht beruhender Gesichtspunkt ein. Wenn ein Haussohn dejicirt hat, so hat er sich damit ad restituendum verpflichtet. Nimmt ihm nun ein Dritter wieder mit Gewalt die Sache, so beraubt er ihn damit des Mittels zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit. Mithin muß der Vater des Interdictum Unde vi anstellen können, weil er damit nicht eine widerrechtliche Handlung des Sohnes sich aneignet, sondern sich zur Sühnung derselben in den Stand setzt.

Die Potestas ist der Schlüssel zu dem Besitze durch den Gewaltuntergebenen. Sie ist ein Recht in hypothesi, der nackte Willen des

*) fr. 49 de peculio. fr. 24 de poss.

**) fr. 4 de poss. Quidquid filius peculiari nomine apprehenderit, id statim pater ejus possidet quamvis ignoret in sua potestate filium. Die peculiaris causa kann hier nicht auf einer ausdrücklichen Concession des pater ignorans beruhen.

Herrseinwollens genügt nicht, sondern er muß sich auf die Annahme einer bestimmten civilen Begründungsart der Gewalt, Eigenthum an dem Sclaven, Zeugung in der Ehe des Sohnes stützen. Aber der als gewaltunterworfen angesprochenen Person gegenüber stellt der Gewaltprätendent die Prämissen seines Rechtes selbst fest und darf Selbsthülfe gebrauchen. Negirt die angeblich gewaltunterworfene Person den erhobenen Anspruch, dann kann allerdings die größere Körperkraft nicht entscheiden, sondern die Obrigkeit muß den Streit schlichten. Mit dem Gewaltanspruche verneine ich die Fähigkeit des Angesprochenen mir als Gegner im Processe überhaupt gegenüber zu stehen. Bei der Nothwendigkeit eines rechtlichen Schutzmittels gegen eine mögliche Vergewaltigung ließ man angebliche Sclaven durch einen Assertor vertreten werden, bis Justinian ihnen eigenes Rechtsuchen gestattete. Das Petitorium konnte nicht durch ein Possessorium vorbereitet werden, weil auch dem in possessione servitutis Befindlichen die Freiheit während der Proceßführung gegeben werden mußte, vindiciae secundum libertatem *). Die possessio libertatis, das heißt die nicht celandi animo stattfindende und durch eine längere Dauer als eine offenkundige sich darstellende Verfügung über den eigenen Körper entschied nur über Parteirolle und Beweislast und verhinderte die einstweilige Sequestration **) des möglicher Weise als peculium zu qualificirenden Vermögens. Ebenso stand dem Sohn frei durch ein praejudicium de statu den Gewaltanspruch des Vaters festzustellen ***). Da die Gewalt des Vaters eine öffentlich rechtliche †) Schutzherrschaft ist, so wird das Interimisticum jedenfalls nach vormundschaftlichen Gesichtspunkten geordnet sein.

Bei stattfindender Rivalität um die Gewalt hängt von dem Bestande des jus in hypothesi, der Potestas, ab, wer durch den Sclaven oder Sohn besitze, auch wird zwischen dem bonae fidei possessor resp. Usufructuar die possessio per servum acquisita je nach den verwendeten Mitteln zu ihrer Erwerbung, also auch ex hypothesi getheilt.

Hier drängt sich die Frage auf, wie kann mein gegenwärtiger Besitz an einer Sache davon abhängen, daß ich wirklich Eigenthümer des Sclaven bin, daß ex re mea erworben ist, daß meine Ehefrau mir kein falsches Kind untergeschoben hat?

Diejenigen Stellen, welche den Nichtbesitz des malae fidei possessor oder des Putativvaters besprechen, reden von dem Zeitpunkte aus, in welchem das rechtliche Verhältniß aufgeklärt, der Streit zwischen zwei Gewaltrivalen entschieden ist. In demjenigen Zeitpunkte, in welchem noch gar kein Streit über das Eigenthum am Sclaven oder den Status des Sohnes erhoben ist, sieht sich die Sache anders an. Wenn der von mir besessene Sclav eine Sache kauft und tradirt erhält, so brauche

---

*) Bei der reclamatio ex servitute in libertatem wurden die vindiciae secundum libertatem nicht als Besitzverlust behandelt — fr. 3 §. 10 de poss. — offenbar der Usucapion wegen.

**) l. 1 §. 1 C. de assertione tollenda. Wegen der Person mußte, wenn irgend möglich, cavirt werden. §. 2 eod.

***) Brinz, Pand. §. 248.

†) ex lege Quiritium nicht ex jure Quiritium. fr. 1 §. 2 de R. V.

ich, um dieselbe zu vindiciren, nicht etwa mein Eigenthum an dem Sclaven nachzuweisen, sondern mein Besitz gilt, so lange kein besseres Recht nachgewiesen ist — und da ich den Sclaven besitze, so ruht die Beweislast auf dem Bestreitenden — als Eigenthum. Ebenso brauche ich, wenn ich eine von demjenigen, den ich für meinen Sohn halte, besessene Sache vertheidige, nicht meine väterliche Gewalt darzuthun, sondern die Beweislast liegt dem andern Theil ob, welcher überdies durch die exceptio praejudicii verhindert wird, eine Statusfrage in einen Besitzproceß hineinzuziehen. Für die Zeit, in welcher das Gewaltverhältniß thatsächlich besteht, findet mithin kein Zweifel statt, wem Besitz erworben wird. Wird nachgehends zur rechtlichen Gewißheit gebracht, daß mein Sclav einem Anderen in gutem Glauben gedient hat, daß mein Sohn als der Sohn eines Anderen gehalten worden ist, dann ist damit festgestellt, daß dasjenige Bindeglied, welches die in der Person des Sclaven oder Sohnes eingetretenen juristischen Thatsachen auf den Gewalthaber bezieht, für den bisherigen Besitzer oder Putativvater nicht vorhanden war oder — beim bonae fidei possessor — nur für bestimmte Erwerbe wirksam war. Der Besitzerwerb und Besitz des Gewaltunterworfenen vor der Aufklärung des Gewaltverhältnisses kommt für den nachgehends als wahren Herrn erkannten Sieger nur als Hypothesis des Eigenthums und der Usucapion in Betracht, nicht als Basis eines actuellen Rechtes, als Besessenhaben nicht als Besitzen. Hier findet zwischen Haussohn und Sclaven der Unterschied statt, daß der als Vater Erkannte bezüglich der Erwerbe des Sohnes so behandelt wird, als wenn er stets den Sohn thatsächlich in seiner Gewalt gehabt hätte*). Anders beim Sclaven**). Der später als Gewalthaber sich Erweisende kann während seines Nichtbesitzes durch den Sclaven weder Eigenthum erwerben noch usucapiren. Savigny §. 26 meint, daß während dieser Zeit des Nichtbesitzes oft gar kein Erwerb des Eigenthums oder des Besitzes vor sich gehe. Diesen theoretischen Satz muß man sich aber einmal praktisch ausdenken. Jeder gegen den peculiariter besitzenden Sclaven in solcher Zeit begangene Diebstahl, Raub, Entsetzung würde alsdann keine reipersecutorische Klage zur Folge haben; hat Jemand dem Sclaven eine Sache tradirt, so würde der Tradent Eigenthümer geblieben oder die Sache herrenlos geworden sein. fr. 21 und 54 cit. scheinen mit einander im Widerspruche zu stehen. In der ersten Stelle heißt es, rem servo meo bona fide a te possesso traditam meam non fieri, quia servum non possideam. In der letzteren Stelle wird der Eigenthumserwerb dem Herrn zugesprochen und nur der Lauf der Usucapion während seines Nichtbesitzes am Sclaven geleugnet. Ich glaube, daß nur hat gesagt werden sollen, man könne nicht annehmen, daß schon zur Zeit der Tradition der nachgehends festgestellte Gewalthaber Eigenthümer geworden sei. Gelangt später sein Potestas zur Anerkennung und erhält er den Besitz an dem Sclaven, so muß er alle auch während seines Nichtbesitzes peculiariter in der Person

*) fr. 4. 50 de poss.
**) fr. 21. 54. §. 4 de A. R. D. fr. 1 §. 6 de poss.

des Sclaven eingetretenen juristischen Thatsachen auf sich beziehen und die gekaufte Sache, deren Besitz etwa abhanden gekommen, mit der Publiciana einfordern können. Nur die Wirksamkeit des Usucapionsbesitzes bestritt Modestinus in fr. 54 cit. bezüglich des dominus ignorans.

Aus dem Gesagten erhellt, daß diejenigen Regeln, welche nach Aufklärung eines Gewaltverhältnisses über den während des Besitzes oder der thatsächlichen Gewaltübung eines Nichtgewalthabers stattgehabten Besitzerwerb eines Sclaven oder Sohnes Bestimmung treffen, nicht für die Frage des gegenwärtigen Besitzes Bedeutung haben, sondern nur für die Frage, was Alles von dem bisherigen unberechtigten Besitzer dem nachgehends legitimirten civilen Gewalthaber zu restituiren ist.

§. 6. Besitzbarkeit der Sache.

Der Gewaltuntergebene kann nicht in Widerspruch treten mit dem Gewalthaber. Aus diesem an die vorhergehende Abhandlung anknüpfenden Satze lassen sich die Beschränkungen der Besitzbarkeit der Sachen herleiten.

Der Staat, dieser Gewalthaber von uns Allen, hat die Körperwelt der freien Mitbewerbung seiner Bürger preisgegeben und sogar Angehörige fremder Staaten nicht ausgeschlossen, weil man demjenigen, welchem man erlaubt, innerhalb unserer Grenzen zu leben, auch erlauben muß, zu besitzen. Auch zu seinem eigenen Lebensprocesse bedarf der Staat mancherlei Güter. Der Regel nach tritt er, um dieselben sich zu verschaffen, in die Mitbewerbung, den Verkehr mit den Privaten ein. Er läßt bei etwaigen Conflicten zwischen seinen Organen und den Privaten sich selbst als einfaches Rechtsubject behandeln und die Conflicte durch den Richter lösen. Jedem gegen Jeden steht es frei die Besitzcontroverse aufzuwerfen, ein melius possidere zu behaupten, und so auch dem Privaten gegen den durch seine Organe besitzenden Staat.

Dieses Herabsteigen des Staates von der Höhe seines Imperiums in die Arena des gemeinen Verkehrs ist nicht etwas sich von selbst Verstehendes, sondern im Gegentheil eine ausdrückliche Selbstbeschränkung des Staats. Wenn der Richter zwischen dem Staat und einem Bürger über Privatrechte entscheidet, so darf man die Sache nicht so ansehen, daß von dem Staate oder gegen den Staat Schutz bei dem Richter gesucht wird, sondern der Richter dient nur als geeignetstes Organ zur Auffindung des wahren Willens des Staates. Der Staat beschränkt sich auf die privatrechtliche Synthese zur Sachenwelt und will über die einzelnen Sachen nur verfügen, weil und insoweit er der melius possidens ist oder bessere Hypothesen eines dinglichen Rechtes für ihn vorliegen. Er würde den Einzelnen, mit welchen er bei Beschaffung der für ihn erforderlichen Mittel in Berührung kommt, überlasten, wenn er anders verführe und von seinem Imperium Gebrauch machte. Auch die privilegia fisci, welche nach römischen Recht der Staat bei seinem Eintritt in den gemeinen Verkehr hatte, sind gegenwärtig verschwunden und gilt es als liberal von dem Staate bei seiner Berührung mit dem Privatvermögen stets recht volle und reichliche Zahlung zu fordern, so daß der Staat aus der Rolle des Mächtigen in die Rolle des mit großen Zumuthungen bestürmten Reichen hinübergetreten ist.

Bezüglich derjenigen Immobilien*), welche in jedem Augenblicke als Werkzeuge des öffentlichen Verkehres — res quae in publico usu habentur — oder der Vertheidigung gegen den Feind oder gegen elementare Gewalt — Befestigungen, Dämme und Deiche — gebraucht werden, muß der Staat eine andere Stellung einnehmen. Das Gesetz hebt diese Objecte aus dem Kreis der freien Mitbewerbung preisgegebener Sachen heraus und weihet sie einem bestimmten Zwecke, dessen Realisirung in die Hände von Staats-, Gemeinde- oder Corporations-Behörden gelegt wird. Diese Zweckbestimmung ist nicht etwa, wie Brinz Pand. §. 228 meint, eine rechtliche Färbung von Sachen, eine ihnen verliehene juristische Eigenschaft, welche beharrt, ohne daß ein lebendiger Wille sie in jedem Augenblicke vorstellt und aufrecht erhält, sondern sie ist eine Kundgebung des Machthabers gegenüber seinen Untergebenen, wie er mit den Sachen verfahren wissen will. Ein Zweck wird nicht erreicht ohne eine Action, welche die Vorstellung in die Wirklichkeit übersetzt. Das Brinz'sche pertinere ad aliquid klingt wie ein Verhalten der Sache; die Zweckbestimmung ist aber nicht ein Verhalten der Sache, welches losgelöst von einem gegenwärtigen Willen des Zwecksetzenden denkbar wäre, sondern sie ist ein dauerndes Verhalten des Beherrschers der Sache.

Die Willensfabrikation des Staates unterscheidet sich von der Willensfabrikation der Privaten dadurch, daß bei Ersteren die leitenden Principien zu Gesetzen krystallisiren, die Beharrung in demselben principiellen Wollen bis ein späteres Gesetz das frühere aufgehoben hat, absolut gewiß ist, während der menschliche Wille von Augenblick zu Augenblick wandelbar bleibt und seine Dauer lediglich eine Thatfrage bildet. Diese Unwandelbarkeit des Gesetzes läßt dasselbe als einen lebendigen Willen verkennen und die Zweckbestimmung der absolut für öffentliche Bedürfnisse bestimmten Sachen, bei denen der Staat seine Synthese zu der Sache nicht nach den Regeln des Privatrechts bemessen haben will, als eine objective juristische Färbung erscheinen. Dieser Anschein wird verstärkt durch die Art und Weise, wie der römische Staat seine Zweckbestimmung bezüglich der Flüsse, Wege und öffentlichen Orte ausführte, indem er einen Jeden ex populo, die Peregrinen ausgeschlossen, zum Wächter des Gesetzes bestellte und das eigene Interesse als eine Garantie für die pflichtmäßige Durchführung bei der Concurrenz mehrerer Popularkläger nur als einen Vorzugsgrund gelten ließ. Diese Art und Weise der Realisirung des Zweckes führte leicht zu der unrichtigen Anschauung, als wenn der Staat mit der Aufprägung einer objectiven rechtlichen Eigenschaft seine Thätigkeit beendet habe und nun das Weitere dritten Personen überließe, während die Dritten nur als Organe des Staats zu betrachten sind, denn actio popularis tuetur jus populi non jus singuli.

Diese allgemeine Befugniß als Wächter des Gesetzes aufzutreten, ist bei uns verschwunden; die Executive liegt lediglich in den Händen der

*) Mobilien sind stets durch andere Mobilien ersetzbar, nur bei ärarischen Monturstücken — Randa S. 96 — kommt eine ähnliche Behandlungsweise vor.

Behörden. Dann ist es aber etwas ganz Neues, wenn ein Jeder sein Privatinteresse an der Ausführung des die allgemeine Gebrauchsfreiheit verordnenden Gesetzes, seinen persönlichen usus durch eine gegen den Verletzer zu richtende Privatklage schützen kann*). Es ist freilich bedenklich**) aus einer gesetzlichen Bestimmung, wie der Staat mit den res publicae verfahren wissen will, aus einem Verwaltungsprincip, eine privatrechtliche Klage derjenigen herzuleiten, denen hieraus ein persönlicher Vortheil zu Theil wird. Der Einzelne müßte bei den Verwaltungsbehörden Schutz suchen. Der gerichtliche Schutz ist durch die Praxis nur deßhalb zugelassen, weil es an einer Administrativ-Justiz fehlt, an Einrichtungen, welche die Legalität des Verfahrens der Verwaltungsbehörden sichert. Bei den Römern war nicht sowohl die Stellung des Staates zu den res in publico usu positae eine andere, als die Ausführung des Gesetzes verschieden. Selbst in der Kaiserzeit bestand nicht die heutige Scheidung von Regierenden und Regierten, sowie auch von Justiz und Verwaltung. Das Popularklageverfahren, welches sich von dem sonstigen Civilverfahren dadurch unterscheidet, daß von der Verletzung eines Sonderrechts bei demselben nicht die Rede ist, erfüllte diejenige Function, welche heutzutage der Verwaltung übertragen ist. Nach Hinwegfall des Popularschutzes des öffentlichen Rechtes wurde von den deutschen Rechtslehrern dominium und imperium verwechselt, die Synthese des Staates zu den öffentlichen Sachen als ein regales nutzbares Recht behandelt***), während die finanzielle Nutzbarkeit die eminente Stellung des Staates zu den öffentlichen Sachen nicht rechtfertigen würde, sondern nur der Verkehrs- und Vertheidigungszweck. Heutzutage bestimmt lediglich dieser Zweck den Umfang des jus eminens. Die Zweckbestimmung wird der Sache entweder direct durch das Gesetz oder in dem durch das Gesetz geordneten Verfahren aufgeprägt. Soweit die Zweckbestimmung nicht die gesammte Herrschaft und Nutzung der Sache absorbirt, sind darüber hinausgehende Privatrechte an der Sache möglich. So wird bei dem Ufer des schiffbaren Flusses nur der Leinpfad für den Schiffsverkehr erfordert; das Ufer bleibt Eigenthum des Anliegers und muß sich dieser nur den usus publicus gefallen lassen†). Von einer privatrechtlichen Servitut unterscheidet sich der Leinpfad dadurch, daß der Eigenthümer nicht zunächst mit Selbsthülfe prohibiren und die Verurtheilung zur Gestattung abwarten darf. Der im usus publicus verhinderte Schiffer, sowie die Aufsichtsbehörde dürfen den etwaigen Widerstand mit Gewalt beseitigen. Jenseits des Zweckes beginnt die privatrechtliche Stellung des Staates zu der Sache. Ob dem Staate der gefundene Schatz, die Gräserei, das etwa gewonnene Holz und Obst gehörte, bestimmt sich nach den gewöhnlichen Regeln des Privatrechts und ebenso, wem nach Löschung des öffentlichen Zweckes die Sache zukommt.

*) Seuffert Bd. 17, Nr. 99.

**) Der zur Restitution eines Flusses oder Weges Verurtheilte wird zu etwas verurtheilt, was gar nicht in seiner Macht steht, denn das Judicat giebt ihnen keinesfalls die Ermächtigung Wegebau oder Flußreinigung zu treiben.

***) Wappaeus, Die dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen S. 82.

†) Seuffert II. 60.

Nur ist der Staat als bisheriger Besitzer präsumtiver Eigenthümer. Diese Präsumtion wird durchbrochen durch die Rechtsregel über die Accrescenz des verlassenen Flußbettes. Das privatrechtliche Schicksal der öffentlichen Sachen, soweit sie nicht oder nicht mehr der Zweckbestimmung dienen, ist je nach Art des Falles zu ermitteln. Bei den Flüssen erwirbt in der Regel nicht der Staat einen Streifen Land und macht dann einen Fluß daraus, sondern die Flußbildung ist ein Naturproduct. Die Wasserwelle occupirt ihr Gerinne, das Elementarereigniß begründet einen zu schützenden Rechtszustand. Hieraus ist erklärlich, daß wie der hoheitlichen Stellung des Staates an den Flüssen keine privatrechtliche Stellung vorausgeht, so auch nach Erlöschen des Zweckes und Versiegen des Wassers solche nicht nachfolgen kann, während zu der Landstraße der Staat erst eine Grundfläche enteignen muß und deßhalb nach Aufhören der Landstraßenqualität, das vor Entstehung derselben obwaltende rechtliche Schicksal wieder hervortritt. Man mag deßhalb zeitlich und sachlich jenseits des Zweckes von einem Eigenthum des Staates an den öffentlichen Sachen reden und bei den Flüßen solches verneinen, diesseits des Zweckes ist das Recht des Staates überall nicht vergleichbar mit einem privatrechtlichen Anspruche. Hier tritt der Staat niemals als Concurrent in der Gütervertheilung einem seiner Bürger gegenüber; nicht eine traditio ex justa causa, nicht eine usucapio regelt seine Stellung zur Sache, sondern sein eigener Willen in thesi, welcher gar keiner Beziehung auf eine Privatrecht-erzeugende Thatsache bedarf, dessen Existenz vielmehr lediglich nach dem öffentlichen Rechte beurtheilt wird.

Es ist auffallend, daß in den zahlreichen Rechtsgutachten über den berühmten Streit zwischen Baselstadt und Baselland wegen nachträglicher Hineinziehung der durch die Entfestigung der Stadt gewonnenen Grundstücke in die Theilungsmasse historische Untersuchungen über res extra commercium und Eigenthum an denselben zur Gewinnung der Entscheidung dienen sollen, während doch die Tendenz des Auseinandersetzungsvertrages das Entscheidende sein mußte. Die hoheitlich besessenen Sachen wollte man offenbar nicht als Dividendum rechnen, weil hier ein dauerndes Bedürfniß die Nutzungen derselben bilanzirte. Die Frage blieb, ob, wenn man sich über die Dauer des Bedürfnisses getäuscht hatte, und nach der Trennung der beiden Cantone durch Hinwegfallen des Vertheidigungsbedürfnisses das Befestigungsterrain zu anderen Zwecken verwendbar wurde, eine nachträgliche Berücksichtigung dieses nicht vorausgesehenen Umstandes der Auseinandersetzungsübereinkunft entsprach.

Die hoheitliche Herrschaft über die Sache findet ihren Umfang und ihre Grenze in dem Zwecke. Dabei ist indessen eine unzweckmäßige oder eine außerhalb des Zweckes liegende Behandlung niemals die Verletzung eines Privatrechtes, sondern entweder nur ein Verstoß gegen die richtigen Verwaltungsgrundsätze oder eine Illegalität. Hierbei ist zu bemerken, daß die Rügung der Letzteren im Civilverfahren einer Ausdehnung desselben über seine eigentlichen Grenzen bildet, ein besonderes Schutzmittel der einzelnen Bürger zur Durchsetzung ihres Interesses an der Aufrechterhaltung eines gesetzlichen Status quo. Wenn man aber auch mit der Praxis eine solche gerichtliche Klage zulassen will, so muß

man doch jedenfalls den Umfang der hoheitlichen Herrschaft und Außerverkehrssetzung der Feststellung der Verwaltungsbehörden überlassen. Ob ein Weg, ein Fluß ein öffentlicher sei, ob eine Erdschanze zur Festung gehöre, müssen die Verwaltungsbehörden feststellen.*) Diese Feststellung ist von der Feststellung zu unterscheiden, daß etwas ex privato in publicum gezogen werden solle. Nur die Constatirung des gegenwärtigen hoheitlichen Besitzstandes ist unbedingt den Verwaltungsbehörden zuzuweisen und kann hieran nicht hindern, daß unter der Maske desselben eine nicht in den gehörigen Expropriationsformen geschehene Erweiterung vorgenommen werden kann. Die Uebung des Hoheitsrechtes duldet keine Pendenz, da dieselbe einem gegenwärtigen Verkehrsbedürfnisse genügen, gegen eine stets mögliche Gefahr schützen soll. Die hoheitliche Herrschaft des Staates ist daher in ihrer Entstehung an die öffentlich rechtlichen Formen und Voraussetzungen der Erzeugung des Staatswillens und der Ausführung desselben geknüpft; in ihrem Bestande wird sie von den Behörden constatirt, ohne daß der Staat von der Höhe seines Imperiums zu einer Privatrechtscontroverse sich herabläßt**). Die Sachen sind außer Verkehr gesetzt und unbesitzbar, weil ein Mächtigerer sie vorweg genommen hat, mit welchem der Gewaltunterworfene nicht die Frage uter melius possideat vor Gericht ventiliren kann.

Auch der Meeresstrand quo maxime fluctus exaestuat ist heutzutage schon aus militärischen Rücksichten dem Hoheitsrecht unterworfen***). Bei den Römern waltete nur der Gesichtspunkt ob, daß feste Anlagen am Meeresstrande†) einstweilen der Herrschaft des Meeres abgewonnen waren. Aedificio dilapso fiel der dem freien Walten des Elementes abgerungene Ort quasi jure postliminii wieder unter die elementare Herrschaft. Besteht die menschliche Herrschaft in einem beständigen Kampfe mit der Natur, wie auch die Herrschaft über gefangene wilde Thiere, dann kann kein Eigenthum den Sieg der Natur überdauern.

Weitere Besitzbeschränkungen giebt es im heutigen Rechte nicht. Daß man Luft und Wasser erst einfangen muß, um sie zu besitzen, ist keine solche Beschränkung. Am Meere giebt es höchstens einen internationalen Besitz, da kein Privatmann sich einbilden kann, über ein Wogenbereich zu herrschen und zu bestimmen, wer dasselbe solle befahren dürfen, wohl aber die gehörige Anzahl von Kanonenbooten ein solches Herrschaftsbewußtsein in einem Staate hervorbringen kann.

Zu den res sacrae und religiosae nimmt der Staat heutzutage keine hoheitliche Stellung ein, noch hat er eine solche der Kirche eingeräumt. Eine gesetzliche Weisung, wie man mit gewissen Sachen verfahren soll, daß aus Cerealien kein Branntwein fabricirt werden darf, daß eine bisher zum Gottesdienst benutzte Sache nicht einer profanen

*) Seuffert XVII. 285.

**) Nur eine die als objectiv falsch anzugreifende Constatirung ausgleichende Entschädigungsklage bleibt übrig.

***) Wappaeus S. 85.

†) fr. 6. pr. de rer. div.

das religiöse Gefühl beleidigenden Benutzung*) anheimgegeben werden soll, schließt die Besitzbarkeit nicht aus, denn die Besitzcontroverse bleibt denkbar und zulässig. Ebensowenig sind gewisse Sachen wie bei den Römern mala venena und libri prohibiti als absolut schädlich der Besitzbarkeit entzogen. Besitzverbote von ausländischen Lotterieloosen, gefährlichen Waffen, ärarischen Monturstücken, bewirken nur, daß die Justiz solche Producte und Mittel von strafbaren Handlungen stets an sich nehmen darf. Der Besitz ist deßhalb nicht in thesi negirt, auch wer ein solches Loos oder solche Waffe stiehlt, greift in fremden Besitz ein, sondern nur der Beschlagnahme und Entziehung durch die competente Obrigkeit ausgesetzt; non ideo minus possidemus, quod possessio a nobis avocari possit.

*) Wappaeus S. 59.

§. 7. Das Ganze und die Theile.

„Ganzes" und „Theil" sind nicht den Dingen anklebende Eigenschaften, sondern Zuthaten unseres Denkens. Sobald wir eine Verschiedenheit erkennen, zieht unser Denken eine Grenze und bei der weiteren Erkennung von Verschiedenheiten in dem Abgegrenzten Untergrenzen. Sofern wir das den Unterschied begründende Merkmal ins Auge fassen, um daraus Consequenzen zu ziehen, welche sich auf alle mit dem Merkmale behafteten Dinge beziehen, erscheint uns das innerhalb der Grenze des Merkmals Liegende als Ganzes und etwa willkührlich zu machende weitere Unterabgrenzungen erscheinen als Theile. Die Prädicirung als Ganzes will nur besagen, daß bezüglich aller aus dem gemeinsamen Charakter des Zusammengefaßten abzuleitenden Folgerungen eine jede weitere Unterabgrenzung, das heißt die Erkenntniß, daß das in der einen Beziehung Gleichartige in anderen Beziehungen verschieden sei, gleichgültig ist. Wenn wir sagen, der Nachlaß gehe als Ganzes auf den Erben über, dann erklären wir eine jede Prüfung der einzelnen Nachlaßstücke in Beziehung auf den Erbübergang für überflüssig; und wenn die römischen Juristen den foetus antequam edatur pars viscerum mulieris nennen, so wollen sie damit sagen, daß die in die Augen springende Verschiedenheit des foetus von den viscera in gewissen Beziehungen dennoch keine rechtlich verschiedene Beurtheilung herbeiführe.

Wir gebrauchen mithin die Ausdrücke „Theil" und „Ganzes", um aufsteigende Bedenken über die Relevanz eines Unterschiedes zu beseitigen.

Die Sphäre des Besitzobjectes grenzt sich ab gegen die übrige Welt durch die Körperlichkeit. Soweit nicht positive Gesetze gewisse Sachen für nichtbesitzbar erklären, sind alle sonstigen Eigenschaften wie Farbe, Substanz rc. gleichgültig. Wenn die Körperheit das einzig durchgehende Merkmal aller Besitzobjecte ist, so kann nur die räumliche Unterabgrenzung für die Auffindung von Verschiedenheiten im Besitze von Bedeutung sein.

Von einem Rechtsganzen ist zu reden mit Beziehung auf eine gewisse Unterabgrenzung in dem Sinne, daß die speciellen Unterschiede der Bestandtheile rücksichtlich dieser keine andere Behandlung herbeiführen, als welche dem Ganzen zu Theil wird. Folglich muß man von einem Besitzganzen alsdann reden können, wenn bei keiner räumlichen Untereintheilung ein anderes Besitzesschicksal stattfinden kann, als dasjenige, welchem das Ganze unterliegt.

Dabei ist zu bemerken, daß Rechtsganze die Ausnahme bilden und etwas sehr wohl Rechtsobject sein kann, ohne Rechtsganzes zu sein. Letztere sind nur da vorhanden, wo ein, sei es positiver, sei es aus der Natur der Sache sich ableitender Rechtssatz das Rechtsobject abgrenzt und zum Ganzen, zu einer nicht wiederum in eine Vielheit auflösbaren Einheit macht. In der Regel wird dagegen die Feststellung des Umfanges des Rechtsobjectes der Privatwillkür überlassen und dann kann man von keinem Rechtsganzen a priori reden, wenn auch a posteriori alle denkbaren Theile demselben Rechtsschicksal unterworfen sind*). Solchenfalls ist der Umfang des Objectes eine Thatfrage, die für jeden einzelnen Fall gelöst werden muß. Wir aber haben hier nur die Rechtsfrage zu erörtern und zwar speciell für den Besitz, wann das Recht den Gegenstand desselben von vornherein einheitlich bestimme. Wo wir eine solche einheitliche Bestimmung gefunden haben, müssen wir als Folgerung annehmen, daß keine weitere Unterabgrenzung mit besonderem Besitzesschicksal möglich ist. Sobald Theilbesitz möglich ist, ist der Begriff des Ganzen willkührlich und eine für die Theorie gleichgültige Thatfrage.

Betrachten wir zunächst die beweglichen Sachen. Gegenstand des Besitzes sind körperliche Sachen, vornehmlich feste Körper, flüssige und luftförmige Körper nur, sofern sie in festen Körpern — Gefäßen — eingefangen sind. Behuf Conception der Herrschaftsvorstellung müssen wir das Besitzobject uns abgrenzen gegen die übrige Welt, das heißt, uns der Verschiedenheiten bewußt werden, welche das Object aus allem Uebrigen hinausheben. Farbe, Stoff, generelle Eigenschaften können hiezu nicht dienen. Sie geben nur Anleitung, in welche Schubfächer unseres Gehirnes wir die Vorstellungen der Dinge einschieben, damit uns die Welt nicht als ein Chaos erscheine. Das, was den einzelnen Körper von allen übrigen Körpern unterscheidet, ist vielmehr die räumliche Lage. Denn da an derselben Stelle zu derselben Zeit im Raume nicht zwei Körper sein können, so ist das räumliche Verhältniß dasjenige, welches die Einzelsachen ausscheidet. In seiner Bestimmung, in der Causalität zwischen unserem ideellen Wollen und dem reellen Sein im Raume, liegt nach der hier vorgetragenen Theorie die Herrschaft über die Sache. Die Ortsveränderung mit Willen des Besitzers unterbricht nicht die Continuität der Herrschaft, da die Sache in der Bewegung zwar in jedem Augenblicke von der übrigen Welt sich verschieden differenzirt — die eleatischen Philosophen stellten deßhalb den Satz auf, daß der bewegte Körper in jedem Augenblicke ein anderer sei — die Ortsbestimmung aber in jedem Momente und damit die zusammenhängende von der Sache durchlaufene Bahn eine That des Besitzers bleibt.

Die demonstrative Bezeichnung — „hunc hominem“ im Utrubi, „eas aedes“ im Uti possidetis — lenkt die sinnliche Wahrnehmung auf eine bestimmte Stelle im Raume, giebt die Richtung an, in welcher das Auge blicken muß und hebt somit die räumliche Lage als das specifische Erkennungsmittel des Besitzgegenstandes hervor.

*) Im Gebiete des Obligationenrechts kommen Rechtsganze nicht vor, da der Gegenstand der Forderung die Handlung, mithin nicht ein Existirendes, sondern ein Geschehensollendes ist.

Die Differenzirung im Raume geschieht genau genommen für jedes einzelne körperliche Atom. Sofern indessen die Atome zusammenhängen, bis eine größere Kraft die Zusammenhangskraft löset, bleiben sie in einem constanten räumlichen Verhältnisse zu einander auf einem jeden Punkte der Bahn, in welche die Sache gelenkt wird. Durch die Cohärenz grenzt die Gesammtheit der Atome von der übrigen Welt sich ab. Wo auch die Sache ist, bis zu der Gewaltthat der Abtrennung begleiten einander die cohärirenden Partikeln.

Es stehet nun an sich nichts entgegen, daß wir innerhalb dieser Abgrenzung der beweglichen Sache durch die Cohärenz uns in der Vorstellung eine räumliche Unterabgrenzung machen und das räumlich abgegrenzte Stück allein als Besitzobject in das Auge fassen, gleichwie wir auch von der Oberfläche des cohärirenden Erdballes uns auch ein Grundstück in der Vorstellung ausschneiden.

Hier tritt uns aber die Regel entgegen, welche Paulus im fr. 8 de R. V., nachdem er von dem Besitz eines fundus certis regionibus divisus gesprochen und gesagt hat, daß der Miteigenthümer von dem Mitbesitzer pro diviso des Grundstücks auch nur seine pars quota fordern kann, mit den Worten ausdrückt:

Quae distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet, nunquam enim pro diviso possideri potest.

Das universum jus defuncti ist ein Rechtsganzes, keine Privatwillkühr kann innerhalb desselben Unterabgrenzungen machen. Die Miterben sind nicht Theilerben. Qui totam hereditatem acquirere potest eam pro parte scindendo adire non potest*). Die eine ideelle Theilung herbeiführende Concurrenz wird demjenigen, welcher Erbe sein will, octroyirt. Hingegen seinen Willen, Erbe zu sein, auf ein specielles Stück des Nachlasses beschränken, kann überhaupt Niemand. Man muß in universum jus succediren wollen, man kann eine ideelle Theilung nicht wählen, sondern nur leiden, auf ein einzelnes Nachlaßstück seinen Willen aber überall nicht stellen. Der Besitzer einer einzelnen Nachlaßsache pro herede oder pro possessore erscheint daher stets als Prätendent der Universalsuccession.

Wie hier ein Rechtssatz der Gesammtheit von Rechten, die in ihrer subjectiven Spitze ihre gemeinschaftliche Eigenschaft haben, zu dem Zwecke der Liquidation ein gemeinsames Schicksal bereitet, so wird die Conception des Besitzwillens an dem cohärirenden Stück einer beweglichen Sache durch die natürliche Eigenschaft des Ganzen praktisch unmöglich gemacht. Der Ortsverfügung über den cohärirenden Theil, wenn solche auf diesen beschränkt werden soll, stehet die Cohärenz entgegen, da vermöge und während der Cohärenz ein jeder Theil den Rest nach sich ziehet. Dieselbe kann deßhalb nur eine einheitliche für die ganze Sache sein. Wollten wir unsere Herrschaftsvorstellung auf den Theil beschränken, so würde unser Willen mit sich selbst in Widerspruch gerathen. Daß wir über den Rest den Besitz nicht haben und nicht haben wollen, räumen wir ein, gestehen auch damit zu, daß die Verfügung über das Ganze die

*) fr. 25. de acqu. her.

Anmaßung eines von uns gar nicht in Anspruch genommenen Besitzes sei. Nur durch die Anmaßung des Besitzes über das Ganze können wir aber in den Besitz des Theils gelangen, da die Trennung ein die Verfügung über das Ganze voraussetzender und am Ganzen vorgenommener Act ist.

Wir müssen also die von uns selbst gesetzte Herrschaftsgrenze überschreiten, um Besitz am Theil zu erlangen. Wenn die ganze Sache bisher noch in Niemandes Besitz war, so ist eine Besitzergreifung am ungetrennten Theil eben so unpraktisch als undenkbar. War die Sache schon in Jemandes Besitz, dann würden, selbst für den Fall, daß der Besitzer seine Herrschaftsvorstellung auf den Rest beschränken wollte, doch der Besitzergreifung am Theil unübersteigliche Hindernisse entgegenstehen, da die Besitzausübungshandlungen eines Jeden der Mitbesitzer pro diviso, insbesondere auch der Abtrennungsact, über die von ihnen selbst gesetzten Grenzen ihrer Herrschaft hinübergreifen würden. Nicht das mechanische Hinderniß der Cohärenz an sich ist es, welches die Conception der Herrschaftsvorstellung am Theil hindert, denn wir besitzen eine in einem verschlossenen Kasten befindliche Sache, auch wenn wir den Kasten sprengen müßten, um zu der Sache zu gelangen. Es ist vielmehr die Unmöglichkeit über den nicht abgetrennten Theil ohne Uebergriff in ein fremdes Herrschaftsgebiet zu verfügen. Zwischen zwei Mitbesitzern einer beweglichen Sache pro diviso giebt es keinen modus vivendi; die Pferde würden vor und hinter den Wagen gespannt sein. Ein solcher Zustand des ewigen Kampfes um die Sache ist rechtlich undenkbar und diese Undenkbarkeit verhindert aus demselben Grunde den Realtheilbesitz bei Mobilien, aus welchem sie die compossessio plurium in solidum ausschließt.

Die Innigkeit der Cohäsion, das heißt die Größe des zur Abtrennung erforderlichen Kraftaufwandes, ist eine unendlich verschiedene. Trennbar sind jedoch alle Körper. Welche ökonomische Wirkung die Trennung ausübt, ob Werthzerstörung (Zerschlagen einer Statue), Werthерhöhung (Abmähen des Getreides, Holzzerkleinern) oder einen indifferenten Effect, bleibt für die Besitzlehre gleichgültig.

Am meisten Schwierigkeiten bietet die Grenzbestimmung der Cohäsion. Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 28, verzweifelt an der Definirbarkeit. Ich glaube, daß die praktischen Schwierigkeiten wohl bleiben werden, das Princip aber sich dahin ergiebt, daß sobald die Trennung ein Besitzact ist, welcher nicht lediglich an dem Abzutrennenden vorgenommen wird, sondern als eine Verfügung über das Ganze anzusehen ist, eine das Besitzganze schaffende Cohäsion vorliegt. Das Zurückbiegen des Goldes, um den Edelstein aus dem Ringe zu nehmen, die Lösung der Schraube, um das Rad von dem Wagen zu trennen, sind gewiß Verfügungen über das Ganze. Ein bloßes Anbinden oder Anstecken wird hingegen keine gleichwirkende Verbindung schaffen. Die Unterscheidung der wirksamen von der irrelevanten Verbindung ist auch für die Frage nöthig, ob die Klage auf Herausgabe einer verbundenen Sache mit der actio ad exhibendum vorzubereiten ist. Während der wirk-

samen Verbindung ist eine Controverse nur bezüglich der Gesammtsachen möglich. Es würde aber nicht civil sein, wenn der Beklagte sich hinter dieser Unmöglichkeit verstecken wollte. Die civile Pflicht über alle Sachen bis in die Theile hinein experiundi facultas zu gewähren, nöthigt uns zu innerhalb unseres eigenen Herrschaftskreises liegenden Handlungen oder Unterlassungen.

Wir haben als Besitzganzes gefunden den durch seine Cohäsion von der übrigen Welt sich ausscheidenden festen Körper. Unter Theil desselben kann nur verstanden werden, jede in der Vorstellung zu machende räumliche Unterabgrenzung, wie solche bei dem fundus mit rechtlicher Wirksamkeit sehr wohl möglich ist. Opinio nostra et constitutio locum a fundo separat*).

Diese intellectuelle Unterabgrenzung ist es, an welcher ein vom Besitze des Restes verschiedener Besitz Seitens der römischen Rechtslehrer für unmöglich erklärt wird.

Die relative Bedeutung des Ausdrucks Theil hat bislang zu großer Verwirrung geführt. Die Subsumtion von Körpermehrheiten unter einem Ausdrucke geschieht nach den verschiedensten Merkmalen. Was die Mehrheiten von Sachen — fundus instructus, grex, taberna — in der Vorstellung zusammenhält, sind gemeinsame wirthschaftliche Eigenschaften und Schicksale, welche für den Besitz keine Bedeutung haben. Man denkt sie zusammen und begreift sie unter einem Namen, um bei einer alle Einzelsachen betreffenden Willenserklärung sich der Specialaufzählung zu entschlagen. Das Gattungsmerkmal ergiebt hernach, was Alles gemeint sei. Die einzelne hiernach erkennbare Sache nennen wir auch wohl Theil, aber in einer für den Besitz ganz bedeutungslosen Beziehung. Der Schluß von dem Besitz eines solchen Theils, oder der Mehrzahl der Theile auf den Besitz des Restes würde absurd sein.

Die wirthschaftliche Vereinigung einer Mehrheit von nicht cohärirenden Sachen hat in der Sprache einheitliche Benennungen herbeigeführt. Da die Verbindung auf den Werth von Einfluß ist, ein Viergespann höheren Werth hat als vier Pferde, so ist das unter dem einen Namen Zusammengefaßte auch häufig Gegenstand rechtlicher Verfügung. Im Vertrage über die Sache wird zunächst nur das sprachliche Abbild gegeben, welches genügt eine coincidirende Vorstellung über den sächlichen Inhalt in den Contrahenten zu schaffen. Erst bei dem dare, praestare, restituere wird die Vorstellung in die Wirklichkeit übersetzt. Die wirthschaftliche Vereinigung ist alsdann ein wichtiges Interpretationsmittel dafür, was alles unter dem Sprachbilde begriffen sei. Der eine universitas rerum cohaerentium sive distantium Verkaufende verkauft keinen Begriff; aber im Vertrage existirt allerdings die Sache nur in der Vorstellung, welche sich an den gewählten Ausdruck knüpft. Wird nachher ein mit den übergebenen Objecten in wirthschaftlicher Verbindung stehender Theil evincirt, dann ist immer

*) fr. 60 de V. S.

noch zu prüfen, ob er unter der Bezeichnung zweifellos mit begriffen sei *).

Der wirthschaftlichen durch Privatwillkühr geschaffenen Verbindung selbst ist, abgesehen von dem später zu besprechenden Bauconservirungsgesetze der XII Tafeln, eine gesetzliche Sanction, welche ein rechtliches Gesammtschicksal der Sache forbert, nicht zu Theil geworden. Die Ausführungen von Baron, welcher solches behauptet, leiden an der größesten Unklarheit. Er hat die unpassende Analogie der juristischen Personen vor Augen. Bei diesen schuf die organische Cooperation der Einzelnen einen den Einzelwillen gegenüberstehenden Gesammtwillen. Ebenso wie die politische Krystallisation der Menschen um ein Centrum ein neues Subject, soll auch die Zusammenfügung des Wirthschaftsganzen eine neue Sache verschieden von ihren Bestandtheilen erzeugen. Nach Baron S. 63 liegt in den Baumaterialien der natürliche Trieb, sich zu einem höheren Ganzen zu vereinigen, weil sie erst dann das sind, wozu die Natur sie bestimmt hat, und ihr Eigenthümer, welcher ein Haus bauet, erscheint ihm weniger als Schöpfer einer Sache, denn als Vollzieher eines Naturgesetzes.

Unter solchen Phantasien nimmt Baron einen Besitz an universitates rerum an.

Gehen wir nun zu den praktischen Consequenzen, welche aus der erkannten Natur des Besitzganzen resultiren über.

Savigny stellt die Regel auf, daß, wer das Ganze besitzt, die einzelnen Theile nicht besitze. Wir haben gesehen, daß man bei dem Besitzganzen räumliche Unterabgrenzungen mit abgesondertem Herrschaftsschicksal sich nicht vorstellen könne**). Aber vorstellen an sich kann man dieselben beliebig; denn, wenn auch eine Rechtseinheit, so ist die Sache damit nicht zu einem Punkte, einem Atome geworden. Bei solcher Vorstellung kann uns die Cohärenz nicht als Hinderniß erscheinen und zwingen, den abgegrenzten Theil als etwas erst zu Erringendes, bis jetzt unserer Herrschaft noch nicht Unterworfenes zu betrachten. Denn nicht das mechanische Hinderniß ist es, welches den Theilbesitz ausschließt, sondern die Nothwendigkeit, daß wir zum Theilbesitz erst durch einen Uebergriff über unsere Herrschaftsgrenzen enthaltende Besitzacte gelangen können. Besitzen wir aber das Ganze, dann stellt sich die Trennung nicht als ein solcher Uebergriff dar. Folglich wirkt die Cohärenz als Hinderniß des Theilbesitzes nur Dritten gegenüber, nicht aber gegenüber dem Besitzer des Ganzen. Die intellectuelle Abgrenzung innerhalb des Ganzen ist aber nicht lediglich ein Spiel unseres Geistes, sondern wir werden zu derselben genöthigt, indem die zusammengefügten Stücke als

---

*) Nur über diese Frage spricht sich fr. 36 de evict., vielleicht nicht ganz richtig aus; dagegen fr. 44 eod. fr. 23 §. 1 de usurp. und Becker Jahrb. für gem. Recht Bd. 6 S. 270. Anders Baron S. 61.

**) Randa, Besitz S. 158 Note 4 nimmt auch ein compossessio pro diviso bei beweglichen Sachen als möglich an, „wenn zum Beispiel verschiedene Blätter eines Manuscriptes in verschiedenen Händen sind.“ An diesen überraschenden Fall hat Paulus freilich nicht gedacht.

einem verschiedenen rechtlichen Schicksal aus der Zeit vor der Zusammenfügung her uns bewußt sind. Das Besitzganze ist nicht immer auch zugleich Eigenthumsganzes. Die Unterabgrenzungen können von dem Reste sich durch Qualität als res alienae, furtivae, ex justa causa traditae unterscheiden. Diese rechtlichen Qualitäten werden nicht durch die willkührliche Zusammenfügung zu einem Besitzganzen verwischt oder auf die anderen Theile übertragen. Aus dem einheitlichen Besitzesschicksale folgt keine Einheitlichkeit der sonstigen rechtlichen Eigenschaften der Theile.

Savigny fügt zu seiner falschen Regel die fernere falsche Conclusion, daß die rechtliche Qualität der Hauptsache sich auf die Accessionen erstrecken. Das gestohlene Rad soll mit dem nicht gestohlenen Wagen usucapirt werden und umgekehrt das Gestohlensein des Wagens die Usucapion des nicht furtiven Rades verhindern*). Savigny nimmt ferner bei Zerlegung der Sache unter den Händen des Besitzers eine Unterbrechung der Continuität der Herrschaft an, während ein jeder Besitzact gerade die Fortdauer der Herrschaft bezeugt, und er will nur für den Fall, daß eine Sache erst besessen und dann eingefügt wird, eine Fortsetzung des Besitzes in Ermangelung einer in contrarium actio animi statuiren. Brächte das Theilverhältniß aber wirklich die Unmöglichkeit des animus possidendi mit sich, wie Savigny im Anfang des §. 22 sagt, so müßte nach den von ihm S. 355 gegebenen Regeln — Unmöglichkeit der Reproduction ist Umschlag in das Gegentheil — auch in diesem Falle der Besitz verloren werden.

Savigny stützte seine Deduction über die Unmöglichkeit des Theilbesitzes allerdings auf eine Deduction von Javolenus fr. 23 de Usurp:

> Eum qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit.

Dieser Deduction liegt derselbe Trugschluß zu Grunde, wie dem ontologischen Beweise von der Existenz Gottes, die Verwechselung von Denken und Sein. Die Theilung in der Vorstellung, die intellectuelle Abgrenzung (si singulas res possidere intellegetur) wird mit der reellen Theilung (separatis corporibus) gleich gesetzt**).

Aus der Fortsetzung der Stelle ergiebt sich der eigentliche Grund der Entscheidung.

> Accedit eo quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit, ut dicat in possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse et solum se capturum esse ampliore tempore. Quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut eadem res diversis temporibus capitur, ut puta cum aedes

---

*) S. 265.

**) Sintenis Archiv Bd. 20 S. 86 sagt: „werden nämlich die Körper aus denen das Gebäude besteht, getrennt, so fällt der Begriff des Gebäudes hinweg." Hierin ist die tiefe Wahrheit enthalten, daß ein abgerissenes Gebäude kein Gebäude mehr ist.

ex duabus rebus constent, ex solo et superficie et universitas earum possessione rerum immobilium dominium mutet.

Nach dem Usucapionsrechte bekommt die bewegliche Sache durch ihre Verbindung mit einer unbeweglichen Sache die Qualität als superficies und eventuell tignum junctum. Diese Eigenschaft und nicht etwa der Besitzesverlust ist von Einfluß auf die Usucapion.

Ueber die Wirkung der Verbindung von Beweglichem mit Beweglichem spricht fr. 30 §. 1 de usurp.:

Quid ergo in his quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.

Durch fr. 6 ad exhibendum:

Gemma inclusa auro alieno vindicari non potest, sed ut excludatur ad exhibendum agi debet. —

wird der Beweis geliefert, daß die Cohärenz des Goldes und Edelsteines im Siegelringe letzteren zum Besitzganzen macht und nicht etwa ein getrennter Besitz, wie bei Gefäß und Inhalt anzunehmen ist. Man muß daher nothwendig in fr. 30. §. 1 die Behauptung des Besitzes der zusammenhängenden Theile in und mit dem Ganzen finden. Ein Gegenbeweis ist aus fr. 7 §. 1 ad exhibendum:

Sed si rotam meam vehiculo aptaveris teneberis ad exhibendum, et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas. —

nicht zu entnehmen, da diese Stelle mit Sintenis Archiv für civ. Praxis Bd. 20 S. 98, dahin zu erklären ist, daß die Annahme des civiliter non possidere nicht als Folgerung aus der Verbindung gesetzt, sondern nur der Satz aufgestellt ist, daß der Naturalbesitz die actio ad exhibendum nicht ausschließe. Manere integrum ist der Gegensatz von confundi. Dabei ist zu bedenken, daß der Theilbesitz nur insoweit von praktischem Interesse ist, als der Theil eine rechtlich verschiedene Natur bewahrt, welche Jemandem ein Recht auf Abtrennung verleihet. Solches findet jedoch nur statt in dem Falle der Ablösbarkeit des Theiles. Haben die Atome sich vermischt, so daß die Accession nicht in integrum restituirt werden kann, dann ist die die Restitution vermittelnde Exhibition unmöglich geworden — eine Unmöglichkeit, auf welche sich freilich der dolose Verbindende nicht berufen kann. Der Stoff ist in seinem Sein ewig, aber entzieht sich in seinen Wandlungen der Beobachtung und sind seine Wandlungen nicht immer rückgängig zu machen. Wenn man nun auch meines Erachtens sagen muß, daß der mit Realexecution versehene Anspruch auf Herausgabe bis auf das Atom gehet, so muß doch, wo die Erfüllung des Anspruchs ohne eine die Verpflichtung dennoch perpetuirende Causa unmöglich ist, der Anspruch cessiren. Ueber die unscheidbare Sache muß dann das Gesetz eine die confundirten Interessen der Betheiligten möglichst wahrende Entscheidung treffen. Hiebei kommt es freilich in den Fall, das Realrecht des minder Betheiligten dem Rechte des zu einem größeren Antheile oder zu einem höheren Werthe Betheiligten zu opfern. Nichtreducirbare Verbindungen sind

Eigenthumsganze, das heißt man kann keine räumliche Unterabgrenzung mit separatem Eigenthumsschicksal vorstellen. Die Lösung des Conflictes der Stoff- und Arbeits-*) Contribuenten muß neuschöpferisch von dem Gesetze festgestellt werden; das frühere Eigenthumsschicksal der Materie — nostrum fit quod ex re nostra fit — giebt für die meisten Fälle keine Entscheidung. Eine billige gesetzliche Adjudication hat die Communio zu lösen.

Auch der vitiöse Besitz bildet einen Grund zur Herausgabepflicht, läßt also, wenn die fehlerhaft erlangte Sache mit einer anderen Sache verbunden ist, den verbundenen Theil eine besondere rechtliche Qualität bewahren, denn durch die willführliche Verbindung kann der einmal entstandene Verpflichtungsgrund nicht getilgt werden.

Es steht kein Hinderniß entgegen, den Ausspruch Ulpianus fr. 3 §. 5 ad exhibendum:

„Sed et si quis interdicturus rem exhiberi desideret, audietur“ —

auch auf diesen Fall zu beziehen. Es ist zwar richtig, wie Savigny S. 414 sagt, daß ebensogut die Interdicta adipiscendae possessioni gemeint sein können.

Dagegen glaube ich gegen Savigny annehmen zu müssen, daß falls die actio ad exhibendum die Abtrennung der geforderten Sache und nicht etwa die bloße Vorlegung in jure bezweckte, und ersteres wird nach Hinwegfallen des Erfordernisses der Vorlegung die Regel gewesen sein, die restitutorische Wirkung des Interdictum Utrubi in einem solchen Fall klar ist. Denn wenn die geforderte Sache mit einer anderen verbunden ist, dann ist ebensowenig eine fernere Detention als directer Besitz derselben Seitens des früheren Besitzers möglich, wie gleich hernach gezeigt werden soll. Zur Bewahrung des Besitzes konnte mithin das Utrubi hier nicht dienen.

Eine fernere praktisch nicht unwichtige Frage, welche von Savigny verneint werden müßte, von Randa S. 171 Note 5 verneint wird, gehet dahin, ob der Besitzer eines Ganzen den auflösbar verbundenen Theil, zum Beispiel einen Edelstein im Schmuck, in fremdem Namen besitzen könne. Es ist denkbar, daß der Dominus dem Detentor gestattet, die geliehene oder gemiethete Sache auf eine bestimmte Zeit mit einer anderen Sache zu verbinden, das Rad dem Wagen oder den Maschinentheil der Maschine anzufügen.

Es läßt sich nun gar nicht verkennen, daß durch eine solche Gestattung der auch nur zeitweisen Incorporation das Verhältniß des

*) Bei der Specification wird auch die Arbeit als Zuthat und zwar als wichtigere Zuthat erachtet und der Materialeigenthümer zu Gunsten des gutgläubigen Fabrikanten expropriirt. Die Bedingung dieser Expropriation nach der von Justinian recipirten Mittelmeinung von Gajus, Ulpian, Paulus und Callistratus — Nichtreducirbarkeit des Stoffes — ist unbillig. Förster, Allg. Landsrecht §. 176 Note 16. Die Arbeit ist nie reducirbar und deßhalb der Arbeiter im Nachtheil. Arbeit und Stoff vereinigen sich unter dem Begriff Werth. Am besten paßt deßhalb Art. 570. 571 des C. N., welcher dem Hauptwerthbetheiligten die Sache, dem Andern eine — real zu fundirende — Abfindungsforderung zuspricht.

Dominus gegenüber dem Conducenten oder Commodanten geändert werden muß. Während sonst der Letztere stets das gefügige Werkzeug des Herrn, was die Herrschaftsausübung über die Sache anbetrifft sein soll, insbesondere nach römischem Recht keinerlei Retentionseinrede hat, so muß im vorliegenden Falle die Gestattung der Verbindung Seitens des Dominus als ein Verzicht auf solche Gefügigkeit angesehen werden. Während der Verbindung giebt es keine lediglich auf den Theil sich beziehende Besitzacte, sondern dieselben ergreifen bis zur Trennung einschließlich derselben die ganze Sache. Bezüglich der ganzen Sache aber hat keine Willensunterwerfung stattgefunden. Der Commodant besitzt mithin den verbundenen Theil, aber er besitzt ihn pro domino in fremdem Namen zu eigenem Rechte. Die Cohärenz der Theile erfordert nur die Concentration der Sachherrschaft in einer Hand, der die Sache Beherrschende kann aber recht wohl einen mit der Sache auflösbar verbundenen Theil als fremd und nur zeitweilig seiner Verfügung unterworfen ansehen.

Mit diesem abgeleiteten Besitze ist eine Fortsetzung der Usucapion für den Dominus gleichwie beim Pfandbesitze sehr wohl verträglich. Nach der Savigny'schen Lehre würde eine solche Usucapionsfortsetzung unmöglich sein, da der Besitzer des Ganzen, der Prodominus, nur das Ganze, nicht jeden Theil für sich besitzen soll, mithin mit der Negirung des Theilbesitzes auch die Folge desselben, die Usucapion, verneint werden muß.

Eine Besitzübergabe des ungetrennten Theiles mittelst constitutum possessorium muß für unmöglich erklärt werden, da eine Willenssubjection bezüglich der Theilherrschaft vor der Trennung undenkbar ist. Wenn dagegen das Ganze, zum Beispiel ein Schmuck, übergeben wird, damit der Empfänger den zu tradirenden Theil, einen einzelnen Edelstein, sich selbst auslöse, dann braucht man den Besitzübergang nicht auf den Moment der wirklichen Trennung hinauszuschieben. Nach Savigny wäre ein solcher Aufschub erforderlich, da der Empfänger des Ganzen einstweilen den zu tradirenden Theil noch gar nicht besitzen soll. Nach der hier vorgetragenen Ansicht ist der Empfänger bezüglich des Ganzen Besitzer pro domino geworden, weil ihm die Verfügung über dasselbe insbesondere die Trennung als eigenes Recht übertragen ist. Damit ist er aber auch schon Besitzer des Theils geworden, folglich auch Eigenthümer und können nicht etwa die Gläubiger des insolventen Tradenten vor der wirklichen Abtrennung das Ganze zur Masse ziehen.*).

Fassen wir die bezüglich des Theilverhältnisses bei beweglichen Sachen gewonnenen Resultate zusammen, so ist zunächst die Unmöglichkeit erkannt worden, daß innerhalb einer cohärirenden beweglichen Sache eine den Zusammenhang durchschneidende Besitzesgrenze laufen könne. Die Herrschaftsgebiete verschiedener Personen bezüglich beweglicher Sachen können nicht innerhalb einer Sache an einander stoßen; die Sache muß dem einen oder dem andern Herrschaftsgebiete ganz zugesprochen werden.

*) Zu weit geht das O. A. G. Dresden bei Seuffert Bd. 18 S. 209, wenn es eine Tradition von Bäumen auf dem Stamme ohne Constituirung von Herrschaftsrechten des Accipienten am Grund und Boden annimmt.

Dahingegen können räumliche Unterabgrenzungen cohärirender beweglicher Sachen mit einem dinglichen Rechte oder einer Herausgabepflicht bestrickt sein; mit anderen Worten, die Grenzen der Rechte in hypothesi an der Sache können auch innerhalb derselben laufen und die Cohäsion durchschneiden. Nur kann bei Nichtauflösbarkeit kein Anspruch in das Chaos der Atome folgen; hier verschwindet überhaupt die Denkbarkeit einer jeden räumlichen Rechtsgrenze, nicht nur der Besitz, sondern auch das Recht an der Sache wird vereinheitlicht.

Wer das Ganze besitzt, besitzt mit Nothwendigkeit alle Theile. Wie sich der Stoff auch unter unsern Händen wandelt, Verbindungen eingehet, aus Verbindungen ausscheidet, unser Besitz beharrt und sind Verbindung und Trennung eben die Beharrung beweisende Herrschaftsacte*).

Die Römer empfanden Schwierigkeiten über die Frage, welches Usucapionszeitmaß bei Immobilisirung von Mobilien anzuwenden sei. Diese Schwierigkeit gehört aber der Besitzlehre überall nicht an, sondern entspringt wie viele schwierigen, aber uninteressanten Probleme lediglich aus der positiven Formulirung des Gesetzes über das Zeitmaß.

*) Es heißt zwar fr. 30 §. 4 de poss.: „Desinimus possidere quod in aliam speciem translatum est.“ Man kann hierunter nur eigene Specification verstehen, da sonst der Grund des Besitzverlustes schon in der vorhergehenden Wegnahme oder Contrectation zu finden wäre. Meistens ist die Frage nach dem Fortbesitzen oder Neubesitzen des Stoffes bei der Specification irrelevant, da kein Anspruch auf Restitution desselben fortbeharrte. Anders bei Verarbeitung gestohlenen Stoffes fr. 4 §. 20 de usuc. Correcter könnte man den Ausspruch des fr. 30 §. 4 dahin fassen, daß in Folge der Specification der frühere Besitz und das frühere Recht am Stoffe gleichgültig wird.

§. 8. Verhältniß von Vindicirbarkeit und Besitz.

Die Vindication geht gegen den Besitzer in eigenem und fremdem Namen. Der Unterschied der beiden Fälle der Passivlegitimation besteht darin, ob der Herrschaftausübende, qui habet restituendi facultatem, sich als Herrn oder als Organ denkt.

Nun stehen sich die beiden Sätze gegenüber:

fr. 1 §. 3 de R. V. Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro variarum lectionum quinto vicesimo scribit

und

fr. 30 §. 2 de usuc. von demselben Pomponius: Singulorum animalium sicuti possessio ita et usucapio.

Da zu der Anstellbarkeit der Vindication Besitz des Beklagten erforderlich ist, da es ein Eigenthum nur giebt, soweit die Vindication reicht, so muß man schließen, daß die Sphären des Eigenthums- und des Besitzobjects zusammenfallen. Was Gegenstand des Eigenthums ist, muß auch Gegenstand des Besitzes sein können.

Nun nimmt aber eine Anzahl von Rechtslehrern*) als möglichen Gegenstand des Eigenthums die Sachgesammtheit an, ein Gedankending, verschieden von den Körpern.

Zu der weiteren Consequenz des Widersinnes ist Baron Gesammtrechtsverhältnisse, auch wirklich gelangt. Er nimmt einen Besitz an der universitas rerum distantium an und daneben einen Besitz an den einzelnen Stücken. Rudorff, Anhang Nr. 78 zu Savigny hilft sich leichter, indem er sagt, der Schluß von der Vindication auf den Besitz werde durch dessen factische Natur ausgeschlossen.

Wenn ein solches Gedankending unter die möglichen Besitzobjecte eingeschoben würde, dann würden allerdings die hier aufgestellten Begriffe bezüglich des Ganzen und der Theile als unrichtig nachgewiesen sein. Dieses ist der Grund, weßhalb an dieser Stelle die Frage gelöst werden soll, wie es kommt, daß im römischen Rechte der grex als vindicirbar und zugleich als nichtbesitzbar bezeichnet wird.

---

*) Hasse, civ. Arch. Bd. 5 Nr. 1, Warnkönig, daselbst Bd. 11 Nr. 9 Mühlenbruch, daselbst Bd. 17 Nr. 12, Girtanner, Dogm. Jahrb. Bd. 3 S. 95 dagegen: Wächter, Erörterungen I. S. 17, Dernburg, Pfandrecht I. §. 59, Kritz, Darstellung pract. Materien S. 185.

Wir müssen Vindicationsbefugniß und Eigenthum, Klage und Recht unterscheiden. Bei der Zulassung der Klage kann der Richter vermöge einer gesetzlichen Präsumtion sich die Ermittelung der thatsächlichen Voraussetzungen des Rechtes ersparen. Die Vindicationsbefugniß gründet sich alsdann nur auf den processualen Schein des Rechtes, und bei dessen Trüglichkeit kann es immerhin kommen, daß eine Klage weiter stattfindet, als das Recht in Wirklichkeit reicht.

Mit der Heerdenvindication verhält sich die Sache so, daß erstlich eine allgemeinere die Mehrheit von vindicirten Sachen umfassende Designation gestattet und diese Mehrheit als einheitliches Proceßobject — also nicht quot res tot vindicationes — angesehen wurde. Bezüglich dieses einheitlichen Proceßobjectes erfolgte dann auch eine einheitliche Entscheidung über das Eigenthum, bei welcher das an der Majorität der Stücke nachgewiesene Eigenthum im Wege der Vermuthung auf die Gesammtheit erstreckt wurde.

Die Designatio rei anlangend, so heißt eine Sache bezeichnen — Merkmale derselben angeben, durch deren Kenntniß man in den Stand gesetzt wird, die Sache unter allen übrigen Dingen herauszufinden. Für den Gegner und auch für den Richter im Vindicationsprocesse ist die Designation des Klägers nicht in gleicher Weise eine der Interpretation zu unterwerfende Gegebenheit, wie die Sachbezeichnung in einem Vertrage für die Contrahenten. Der Gegner sowohl als der Richter können deßhalb verlangen, daß ihnen ein sprachliches Abbild gegeben werde, welches jeden Zweifel über die vindicirte Sache beseitigt. Werden corpora distantia gefordert, so müßte eigentlich jedes einzelne corpus bezeichnet werden. Das gemeinsame Merkmal für die Stücke der Heerde besteht in dem Vereinigtsein unter derselben Hütung. Da die Zusammenhaltung durch die Hütung aber keine beharrende Eigenschaft der Stücke, sondern nur eine Maßregel des Besitzers ist, so würde diese Art der Designation durch alleinigen Hinweis auf die gemeinsame Hütung an sich nicht genügend sein, deren Zulassung enthält mithin eine Licenz.

Diese Licenz bildet aber nicht die hauptsächliche Abnormität der Heerdenvindication, wie Kritz, Practische Materien S. 185 meint. Solche lag vielmehr darin, daß sich das Urtheil einheitlich über das Eigenthum der Heerde zu Gunsten desjenigen aussprach, welcher das Eigenthum an der Mehrzahl der Stücke bewiesen hatte und daß nur, soweit durch den Beweis der Fremdheit die für den Majoritätseigenthümer sprechende Vermuthung durchbrochen war, die Restitution unterblieb.

Wenn corpora quae in substantia sua durant*) mit einander vermischt sind, dann verhindert die relative Möglichkeit der Wiedererkennung der früheren Eigenthumsgrenzen das sonst nothwendige Auskunftsmittel der Theilung des Rechtes am Ganzen. Daneben kann man aber von Niemandem fordern, daß er so wenig individuell hervortretende Sachen, wie das Heerdenvieh recognoscire. Eine actio, quantum paret in illo grege esse, war auch nicht passend, weil die Heerde, anders wie

*) §. 18 J. de R. D.

die zusammengeschütteten Getreidemassen einem beständigen nicht controlirbaren Abgang und Zugang unterliegt und daher, wenn auch klar ist, daß einige Thiere einmal eingemischt sind, deren gegenwärtiges Nochvorhandensein ungewiß bleibt. Vor die Schwierigkeit der Wiederauffindung der Eigenthumsgrenzen innerhalb der Heerde gestellt, fanden die römischen Juristen die Lösung, daß sie im Wege der Vermuthung dasjenige Rechtsverhältniß, welches für die Majorität der Stücke gefunden war, auf alle Thiere erstreckten und nur durch speciellen Fremdheits-Beweis an einzelnen Stücken diese Vermuthung durchbrechen ließen. Bei ersterem Beweise brauchten selbstverständlich die einzelnen Stücke nicht recognoscirt zu werden, sondern Zeugen konnten ein Schicksal der Heerde im Allgemeinen bekunden, welches keinen Zweifel an dem Rechtsverhältniß der Mehrzahl ließ.

Hiernach erklären sich die Stellen über die Heerdenvindication fr. 1 §. 3, 2, 3 §. 1 de R. V. auf das Einfachste.

„Sufficit gregem ipsum nostrum esse" bezieht sich auf den Beweis. Der processuale Schein des Heerdeneigenthums ist für uns licet singula (d. h. einzelne nicht etwa die einzelnen) capita nostra non sint, wenn wir nur an der Mehrzahl ein Recht erwiesen haben. Dann haben wir uns keiner pluris petitio schuldig gemacht, das paret gregem Auli Agerii esse wird nicht eingeschränkt, nur der Restitutionsbefehl erleidet Einschränkung, in restitutionem non veniunt aliena capita.

Im fr. 3 cit. wird consequent auseinandergesetzt, daß das Rechtsschicksal der Majorität der Stücke auf die Minorität erstreckt wird und auch erstreckt bleibt, wenn die Majorität ganz ausgestorben ist. Hierbei wird natürlich nur der wirkliche Vorgang vorausgesetzt, nicht aber, daß das Schicksal jedes einzelnen Stückes auch bekannt sei.

Für den Fall, daß par numerus duorum interfuit, wenn nämlich das Beweisresultat darauf hinausläuft, es möchten wohl ebensoviel Stücke von dem Einen wie von dem Andern dazwischen sein, kann keiner auf die Vermuthung des dominium gregis zu seinen Gunsten Anspruch machen. Eine Entscheidung ist weiter nicht gegeben.

Daß in und mit der Heerde nur die einzelnen Stücke vindicirt werden, ergiebt fr. 21 §. 1 de except. rei jud.*) Die Erklärung von Girtanner, welchem Baron**) folgt, Befriedigung des Klägers durch Empfang der litis aestimatio ist unnöthig und setzt Auslassung des wesentlichsten Thatbestandes voraus. Der Ausspruch der Stelle ist ohne jede weitere Erklärungsbedürftigkeit hinzunehmen. Das eine Mal ist das einzelne Schaf ohne specielle Designatio und speciellen Eigenthumsbeweis, das andere Mal mit besonderem Eigenthumsnachweise und besonderer Bezeichnung gefordert. Diese Verschiedenheit verhindert nicht, daß eadem quaestio de eadem re inter easdem partes vorliegt.

Die Heerde ist nicht ein Eigenthumsganzes, wie die confusa massa argenti, bei welcher für keine räumliche Unterabgrenzung, pars pro diviso,

*) Si petiero gregem et vel aucto vel minuto grege iterum eundem gregem petam, obstabit mihi exceptio. Sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, puto obstaturam exceptionem.

**) Jahrb. für Dogm. III. S. 136, Gesammtrechtsverhältnisse S. 38.

ein besonderes Eigenthumsschicksal angenommen werden kann. Nur processualisch mit Beziehung auf den Eigenthumsbeweis erscheint die Heerde dergestalt als Einheit, daß das an der Mehrzahl der Stücke erwiesene Eigenthum über das gesammte Thiergewirre innerhalb der gemeinsamen Hut vermuthungsweise erstreckt. wird. Erzeugt doch auch das an der Hauptsache, zum Beispiel der carina, erwiesene Recht die sehr wohl durchbrechbare Vermuthung des gleichen Rechtsverhältnisses der ganzen Sache. Nur unterscheiden die Römer nicht den processualischen Schein des Rechtes von dem wirklichen Sein, da ihnen als Recht allein das wesentlich erscheint, was von dem Gerichte als solches angenommen wird. In fr. 23 §. 2 de R. V.*) wird deßhalb „dominum eum totius rei effici" und „vereque eum statuam suam dicturum" gleichgesetzt.

Die Grundsätze der vindicatio gregis enthalten nichts weiter als die processualische Lösung einer Eigenthumsverwirrungsfrage. Bei den näheren persönlichen Beziehungen, in denen wir mit unseren Schafen und unserem Rindvieh stehen, hat diese Frage weniger Noth den deutschen Landwirthen als den deutschen Professoren gemacht.

*) Diese Stelle bezieht sich auch auf die auflösbare Verbindung. Si quis rei suae alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adjecerit aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum aut mensae pedem, dominum eum totius rei effici, vereque statuam suam dicturum et scyphum, plerique recte putant.

§. 9. Das Grundstück und seine Theile.

Die Erde ist zwar ein bewegter Körper, aber unsere Herrschaft über dieselbe besteht nicht in der Bewegung und Ortsanweisung. Der Umfang unserer mechanischen Macht ist ein sehr beschränkter. Wir selbst sind das Mobile gegenüber dem Grund und Boden. Unsere Einwirkungsfähigkeit besteht im Trennen und Verbinden, erstreckt sich aber nur auf die äußere Oberfläche, ohne einigermaßen tief in dieselbe einzubringen. Die Thätigkeit unter der Erde, den Bergbau, können wir hier bei Seite lassen, da derselbe in einen der Lösung bedürftigen Conflict mit der Herrschaft auf der Erde nicht tritt. In noch geringerem Grade ist das Luftmeer zugänglich und benutzbar; was dort oben hinauf will, muß sich erst specifisch leichter machen, als die leichte Luft. Nur das Entsenden von Gasen kann deshalb möglicher Weise Nachbarconflicte hervorbringen.

Eben unsere geringe Einwirkungsfähigkeit auf die Erdoberfläche läßt es zu, daß räumliche Unterabgrenzungen derselben cohärirenden Sache verschiedener Herrschaft unterworfen werden. Bei der Mobilie greift die Verfügung an der pars pro diviso stets hinüber in die Verfügung über den Rest; bei den Grundstücken kann ein jeder Besitzer in seinem Bezirke thun, was er will, ohne deshalb mit der Machtsphäre des Nachbars in Conflict zu gerathen. In den wenigen Fällen, in denen auf unser Grundstück von uns vorgenommene Einwirkungen das Nachbargrundstück in ihren Folgen berühren, wird durch die nachbarrechtlichen Gesetzesbestimmungen leicht ein modus vivendi geschaffen. Die Grenzziehung bleibt Sache einer Willkür, opinio nostra et affectio locum a fundo distinguit. Nur müssen wir uns überhaupt feste Grenzen denken und nicht darüber ungewiß sein, wie weit unsere Herrschaft reicht. Die Landkarte unseres Besitzes existirt in unserem Kopfe, die äußern Begrenzungen sind nur Erinnerungszeichen. Aber die Umgrenzung in unserer Vorstellung muß durch Thaten in die reale Erscheinung getreten sein, wie ja überall der Willen nur in der That ersichtlich ist.

Incerta pars nec tradi nec usucapi potest, veluti si ita tibi tradam, quidquid mei juris in eo fundo est; nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest*).

---

*) fr. 26. fr. 3 §. 2 de poss. Das fr. 32 §. 2 de usuc. wird auf Rudorff'sche Weise zu interpretiren sein. Savigny, Anhang Nr. 78. Als Beispiel

Theil ist ein Grundstück insofern wir es gegenüber der gesammten Erdoberfläche oder einem dasselbe begreifenden Complex vorstellen. Von juristischer Relevanz kann aber das Theilverhältniß nur werden, wenn dem Complexe in Beziehung, auf welchen wir die Theilbezeichnung gebrauchen, ein homogenes Schicksal vom Rechte auferlegt ist. Eine solche Vereinheitlichung ist nur möglich, wenn ein legislatorisches Interesse an der ungeschmälerten Aufrechterhaltung gewisser Herrschaftsbezirke stattfindet. Deshalb werden geschlossene Höfe als Eigenthumsganze zusammengefaßt und wird hier bei jeder Unterabgrenzung ein verschiedenes Eigenthum ausgeschlossen.

Die Grenze läuft der Erdoberfläche entlang. Die Nachbaren müssen auch als Grenze diejenige Fläche respectiren, welche vertical auf der Grenze zu denken ist. Diese scheitelrechte Grenze kann indessen durch ohne Besitzfehler entstehende Projectionen verändert werden. Der nachgewiesene Besitz des Bodens giebt nicht die freie Herrschaft in der überliegenden Luftsäule, wenn der Bodenbesitzer in derselben auf eine Ueberragung des Nachbares stößt.

Si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri contra alterum? Et est apud Cassium relatum, utrique esse inutilem, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem *).

Projectionen unter der Erde verändern gleichfalls die Besitzgrenze. Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit, non esse ei jus sicut tignum aut protectum immissum habere **).

Die Besitzgrenze läuft also um die Projectionen herum, während die Eigenthumsgrenze durch dieselben verletzt wird.

Während die Abgrenzung der Immobilie gegenüber dem Nachbargrundstücke etwas Willkürliches ist, ist eine Abgrenzung innerhalb der horizontalen Grenzen rücksichtlich Alles dessen, was mit dem Boden direct oder indirect zusammenhängt, für den Besitzwillen unmöglich. Wir können lediglich durch unsere opinio et affectio den locus uns in unserer Vorstellung von dem fundus abtrennen; wir können aber keine Herrschaftsvorstellung bezüglich eines Baumes oder eines Gebäudes fassen, ohne zugleich auch den Grund und Boden besitzen zu wollen. Insofern ist der Boden und Alles, was mit ihm zusammenhängt, ein Besitzganzes. Spricht man den Besitz des Bodens aus, so erstreckt sich die Behauptung auf die Superficies und umgekehrt ist dasselbe der Fall. Deshalb heißt es: solum partem aedium esse existimo und superficies solo cedit. Der in der Cohärenz liegende Grund der Besitzeinheit ist ganz derselbe, wie bei den Mobilien. Es ist die Unmöglichkeit

---

ist der Fall zu denken, daß mehrere zur Besitzergreifung ausgeschickte Theilkäufer eines parcelirten Grundstückes ihre Parcelen nicht zu unterscheiden vermögen. Vor ihrer Vergewisserung können sie keine Herrschaftsvorstellung haben.

*) fr. 3 §. 5 U. P.

**) fr. 6 §. 2 arbor. furtim caes. Cloaken sind keine Projectionen. Deshalb sagt der Prätor beim Interdictum Uti Possidetis: de cloacis hoc interdictum non dabo.

eines modus vivendi zwischen dem Besitzer des Bodens und dem Besitzer der Theile. Ein Jeder könnte nur durch eine Verletzung des fremden Besitzes den eigenen Besitz ausüben. Ich kann kein Herrschaftsbewußtsein an einem auf dem Boden sich stützenden Gebäude haben, wenn mir die Basis durch fremden Willen fortgezogen werden kann.

Es würde hier Alles zu wiederholen sein, was über die Concentration des Besitzes bei Mobilien in einer Hand gesagt worden ist. Die Schwierigkeit der Thatfrage, ob der Zusammenhang ein solcher ist, daß die Trennung als ein Eingriff in den Besitz eines Grundstücks erscheinen muß, findet auch hier statt. Die Pertinenzqualität bleibt gleichgültig, da sie nur in Betracht kommt, wenn es sich um Interpretation die Sache betreffender Willenserklärungen handelt. Das bloße Sichbefinden innerhalb der Grundstücksgrenzen, selbst das Vergrabensein, genügt nicht. Qui universas aedes possidet, singulas res, quae in aedificio sunt non videtur possedisse. Idem dici debet de nave et de armario. — Si alius in meo condidit pecuniam, non alias possideo, quam si ipsius rei supra terram possessionem adeptus sum*). Die Unterschiede in der Festigkeit des Zusammenhanges folgen sich gradweise von dem eingerammten Balken bis zu dem eingesteckten Blumenstocke, von dem massiven Hause bis zu den an Pflöcke gespannten Zelten.

Exemplicativ im voraus läßt sich das bloße Sichbefinden von dem Zusammenhange mit dem Boden nicht trennen. Es ist vielmehr in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob die Ortsbestimmung für den von dem Grundstück fortzunehmenden Gegenstand zunächst eine Verfügung über die Immobilie, einen Act, der innerhalb des Herrschaftsbewußtseins des Grundbesitzers liegen muß, voraussetzt. Der Mobilisirungsact, Abreißen des Gebäudes, Fällen der Bäume, Abpflücken der Früchte lieget innerhalb der Sphäre der Herrschaft des Grundbesitzers. Andere Fälle sind zweifelhafter; die Incompatibilität der Herrschaftsgrenzen, wenn man solche ziehen wollte, bildet immer ein Zeichen des wirksamen, den Besitz in eine Hand concentrirenden Zusammenhanges.

Das Leben schafft mancherlei Gestaltungen, in denen die Unvereinbarkeit eines gleichzeitigen Besitzes verschiedener Herren, des Einen am Grund und Boden, des Anderen an einem Gebäude oder einer oberen Etage so gemildert wird, daß die Herrschaftsgrenzen auseinander gehalten werden können. Vom Bergwerk will ich gar nicht reden, da dessen Betrieb mit der Herrschaft auf der Oberwelt nicht leicht in Conflict kommt, wenn auch Einstürze zuweilen eine unangenehme Berührung herbeiführen. Im römischen Rechte kommt ein Besitz von Stockwerken in verschiedenen Händen nicht vor. Wenn Kellerbewohner, Bewohner zu ebener Erde, und Bewohner eines höheren Stockes um den Besitz des Hauses sich streiten, dann soll stets nur für Einen als Besitzer des ganzen Hauses entschieden werden, und zwar für denjenigen, qui aditum ex publico habet**). Bei massiven für Jahrhunderte aufgeführten Gebäuden, bei denen, wie man zum Beispiel in Venedig wahrnehmen

---

*) fr. 30. 44 de poss.
**) fr. 3 §. 7 U. P.

kann, die verschiedenen Stockwerke ganz getrennte Zugänge zur Straße haben, läßt sich ein Besitz an Stockwerken construiren, ohne mit den Grundprincipien in Widerspruch zu treten. Ebenso läßt sich an dem unter dem Hause, wenn auch nicht in der Tiefe eines Bergwerks, durchgehenden Tunnel, an dem über die Häuser gespannten Eisenbahntraject ein Besitz mit Sachnothwehr annehmen.

Uebrigens hat an den oberirdischen und unterirdischen Leitungsanstalten auf fremdem Grund und Boden der Servitutberechtigte nach römischem Recht keinen Besitz, wenn er auch in deren Gebrauche, Refection und Purgation geschützt wird. Die Herrschaftssphären des Grundbesitzers und des Leitungsberechtigten liegen nicht neben einander, wie die Herrschaftssphären zweier Grundnachbaren, sondern die Befugnisse des Leitungsberechtigten bilden eine Beschränkung der mit ihrem Wegfall sich consolidirenden Herrschaft des Grundherrn. Auf die rechtliche Verpflichtung des Letzteren zur Duldung, nicht auf den eigenen der Sache gegenüber souverainen Willen gründet sich die Befugniß des Leitungsbenutzers. Der Grundbesitzer, über dessen Land ein Aquäduct geht, stößt innerhalb seiner Grenzen nicht auf eine in fremdem Besitz stehende Enclave, sondern nur auf ein Recht, eine fremde Befugniß in hypothesi, deren Uebung in thesi ihm gegenüber den Anschein eines Eindringens hat. Er kann dem Eindringling stets sein Eintrittsbillet abfordern; durch Interdictum Uti possidetis oder durch einfache Prohibition nöthigt er denselben zur Anstellung des zum Schutz der Uebung der Servitut auf den Schein des Rechtes gegebenen Interdictes und durch die actio negatoria zum Beweise seines Rechtes. Das Recht der Gewaltanwendung, dieses untrügliche Zeichen des Besitzes, liegt stets auf Seiten des Grundbesitzers gegenüber dem Leitungsberechtigten, — die Gewaltanwendung kann dann schließlich freilich sich, dem Schein oder dem Sein eines Rechtes in hypothesi gegenüber, vor dem Richter als Unrecht sich herausstellen.

Der hier hervorgehobene Unterschied zwischen Projection und Leitung spricht aus fr. 29 §. 1 ad leg. Aqu.

Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses, posse me tecum damni injuria agere, Proculus scribit; debuisti enim mecum, jus mihi non esse protectum habere, agere, nec esse aequum damnum me pati rescissis a te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescripto imperatoris Severi, qui ei, per cujus domum trajectus erat aquaeductus citra servitutem, rescripsit, jure suo posse eum intercidere. Et merito; interest enim quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit.

Im Vorstehenden ist vornehmlich von dem durch Menschenhand unter Benutzung der elementaren Kräfte der Adhäsion, Schwere, Elasticität geschaffenen Zusammenhange die Rede gewesen. In allen Fällen zweifellos bewerkstelligt die Vereinigung zu einem Besitzganzen der organische Zusammenhang der Pflanzen in sich und mit dem Boden. Wenn aber auch Boden und Pflanzenwuchs ein Besitzganzes bilden, so liegt doch die Loslösung der Pflanze vom Boden und die Versetzung derselben auf eine andere Stelle innerhalb der praktischen Möglichkeit. Pflanze

und Boden sind nicht untrennbar vermischt. Dessenohngeachtet behandelt das römische Recht den Boden mit dem Pflanzenwuchs als ein dem Grundherrn gehöriges Eigenthumsganzes. Der dafür angegebene Grund, nam credibile est, alio terrae alimento arborem aliam factam esse fr. 26 §. 2 de A. R. D. ist nicht ganz schlagend, da er ebenso gut auf aufgezogene junge Hunde paßt. Man kann auch nicht gerade sagen, rationem non permittere, ut alterius arbor intellegatur quam cujus fundo radices egisset*), wenigstens liegt keine absolute Ratio, keine Denknothwendigkeit, sondern nur eine praktische Ratio der Entscheidung zu Grunde. Bei organischen Wesen kann das Individuum von dem einen Eigenthümer, die Nahrung, welche dasselbe sich hat entwickeln lassen, von einem anderen Eigenthümer herrühren, gleich wie das Weib den Samen des Mannes hegt und nährt. Es fragt sich, wem der entwickelte Organismus zuzusprechen sei, dem Vater oder der Mutter. Bei Thieren entscheidet das Recht für den Eigenthümer des Individuums, bei Pflanzen für den Eigenthümer des nährenden Bodens. Bei ersteren erscheint der sich entwickelnde Organismus als die Hauptsache, bei letzteren das in Folge der Nahrung eingetretene Incrementum. Das Samenkorn, der Setzling, die Pflanze werden hier nur als Mittel betrachtet, um dem Boden seine Stoffe abzugewinnen und der von dem Boden genährte Pflanzenwuchs erscheint als eine Ausstülpung desselben, zu welcher Samen oder Pflanze nur den Anlaß gegeben haben.

Im Uebrigen bleibt auch, wie bei Mobilien, der Grundsatz geltend, daß, wo eine Wiederherstellung des mit dem Boden künstlich verbundenen Theiles möglich ist, also für das Recht nicht die Nothwendigkeit vorliegt, für das neue Mischganze einen schöpferischen Eigenthumsausspruch zu thun, das frühere Eigenthum beharrt.

Bei den unbeweglichen Sachen tritt uns in der herrschenden Doctrin der Satz, daß man das Ganze besitzt, die Theile nicht besitze, mit verstärkter Kraft entgegen. Sintenis, welcher denselben für bewegliche Sachen fallen läßt, hält denselben um so fester für Grundstücke. Letzterer sagt:

„Bei eigentlichen Grundstücken, fundi, das heißt Grund und Boden, kann der Begriff vom Theile zum Ganzen eigentlich nicht stattfinden, weil entweder der Theil willkürlich bestimmt wird oder blos in der Vorstellung beruhet, und, sowie er durch Theilung verwirklicht wird, Trennung eintritt, ohne daß die rechtlichen Verhältnisse der nun getrennten Theile, den Besitz und die Ersitzung anlangend, im Geringsten geändert würden.“ —

Es wird hier bei Grundstücken die Theilung in der Vorstellung (mit welcher die willkürliche Bestimmung identisch ist) von der wirklichen Theilung unterschieden.

Was ist nun aber die „wirkliche Theilung“ eines Grundstückes? Bei den Mobilien könnte man nur die Aufhebung des Zusammenhanges darunter verstehen. Den Erdball können wir indessen nicht zerkleinern. Wir können vielmehr nur Grenzsteine setzen, Einhegungen machen und

*) fr. 7 §. ult. d. A. R. D.

Mauern aufführen. Was wir aber von allem diesen auch thun, wir machen nur äußerlich erkennbar, wie die Grenze in unserer Vorstellung läuft.

Die Abgrenzung unseres fundus gegen die Nachbarländerei ist mithin ebensosehr lediglich Sache der Vorstellung, als innerhalb unseres Gebietes zu denkende Unterabgrenzungen. Den Anlaß zu solchen Unterabgrenzungen erhalten wir allerdings erst, wenn verschiedenes sachenrechtliches Schicksal von einem Dritten behauptet werden kann und wenn Ansprüche daraus hergeleitet werden können. Daß die Unterabgrenzung willkürlich und nur vorgestellt ist, führt daher nicht, wie Sintenis meint, eine Negirung des Besitzes an derselben herbei, da die Oberabgrenzung ebenso willkürlich ist.

Den Beweis für seine Behauptung glaubt Sintenis durch fr. 2 §. 6 pro emtore führen zu können.

Sed si fundus emtus sit et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas ejus possidetur non singulae partes.

Es ist ein Grundstück verkauft. Ein wie weit reichender Ausschnitt der Erdoberfläche verkauft sei, muß sich aus der Bezeichnung beim Kaufe ergeben. Der Verkäufer übergiebt indessen einen Umfang, welcher eine Unterabgrenzung mit einschließt, die nach richtiger Auslegung des Contractes und des Willens der Contrahenten gar nicht verkauft werden sollte. Die Frage ist, ob diese Unterabgrenzung im Eigenthumsprocesse mit einem Dritten, welcher die Usucapion des Käufers bestreitet, urgirt werden kann und wird diese Frage verneint.

Die Schwierigkeit, auf welche Paulus stieß, bestand darin, daß — fr. 2 eod — pro emtore possidet qui revera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emtore possidere, sed debet etiam subesse causa emtionis.

Schließt das Nichtgekauftsein des Zuvieltradirten die Ersitzung desselben aus?

Wenn das Nichtgekauftsein in gleicher Weise ein Vitium wäre, als die Eigenschaft eines fundus vi possessus, dann müßte die Ersitzung gehindert werden. Nun ist aber das Gekauft- und Bezahltsein nur als nothwendige Basis der bona fides erforderlich und kann deshalb auch — fr. 11 pro emt. — durch eine justa causa erroris ersetzt werden. — Vermöge der Uebergabe Seitens des Verkäufers hat nun aber der gute Glaube vollen Grund, sich auf das gesammte übergebene Grundstück zu erstrecken. Dasselbe wird als universitas possessa bezeichnet, weil, was die bona fides anlangt, kein Anlaß vorliegt, unter irgend welchen räumlichen Abgrenzungen desselben einen rechtlichen Unterschied zu statuiren. Ich erinnere hier an die früher gegebene Erklärung über die Bedeutung der Bezeichnung einer Sache als eines Ganzen, daß nämlich durch diese Bezeichnung für eine gewisse von der Sache zu machende Aussage eine jede Unterabgrenzung von vornherein für irrelevant erklärt wird. Die Stelle ist also dahin zu erklären, daß die universitas bona fide possidetur und nicht den singulae partes bezüglich der bonae fidei possessio ein verschiedenes

Schicksal zuzuschreiben ist, welches bei dem Zuvieltradirten ebenso die objectiv fundirte bona fides hinwegfallen lassen müsste, wie bei dem nicht gekauften Sclaven, welcher irrthümlich an Stelle des gekauften übergeben ist. Wenn man den fundus nur als universitas, als Punkt, innerhalb dessen räumliche Unterabgrenzungen gar nicht besessen werden können, ansehen wollte, dann müßten eingesprengte loci publici, religiosi, vi possessi oder mala fide ab emtore possessi mit ersessen werden.

Als Beweismittel für den Nichtbesitz der Theile werden neben der eben besprochenen Stelle noch andere Stellen angeführt, welche sämmtlich die Lehre von der Usucapion betreffen.

nec enim singula caementa usucapiuntur etsi domus per spatium temporis nostra fiat. fr. 23 §. 7 de R. V.

causa dubitationis est, an eo ipso, quod universitas aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, usucaptae essent, quod non placuit fr. 7 §. 11 de A. R. D.

Der Ausspruch des Javolenus im fr. 23 pr. de usurp. ist schon früher erwähnt worden und wird nachstehend als in seiner Entscheidung lediglich auf die Zeitmaßfrage gehend gedeutet werden.

In der Usucapionslehre ist die Besitzesdauer nur eins von den mehrfachen Erfordernissen. Man hat durchaus kein Recht, sobald in einem Falle die Ersitzung geleugnet wird, den Grund in dem mangelnden Besitze zu suchen. Die Regel tantum praescriptum quantum possessum läßt sich nicht umkehren, so daß man von der Nichtpräscription auf den Nichtbesitz schließen dürfte.

Wenn nun nachzuweisen steht, daß die Entscheidungen der römischen Juristen in den citirten Stellen auf besondere außerhalb des Besitzes liegende Usucapionshinderniſse gegründet sind, dann kann uns der eine Trugschluß des Javolenus nicht irre machen. In der abstracten Construction sind die Römer niemals Meister gewesen. Ein Fehler in derselben richtete aber bei ihnen nicht soviel Unheil an als bei uns, die wir, wenn wir einmal einen falschen abstracten Satz angenommen haben, ihn mit der größten Consequenz bis in alle absurden Folgerungen festhalten. Für das jus, quod est, fehlt uns die unmittelbare Intuition der Römer; die regula bildet unseren Leitfaden und, wenn diese falsch gebildet ist, dann sind wir verloren. Das jus, quod est, ist uns nicht anschaulich genug, um uns von unserem Irrwege abzurufen.

Wenn wir den Satz betrachten, daß, wer das Eigenthum an einem Hause erworben hat, deshalb noch nicht Eigenthümer aller Bestandtheile geworden ist, so müssen wir es zunächst als einen Widerspruch bezeichnen, daß das Eigenthum Jemandes an einer Sache behauptet, zugleich aber ein Bestandtheil davon ausgenommen wird. Dieser Widerspruch löset sich aber dadurch auf, daß mit Eigenthum in den Quellen meistens der processuale Schein desselben, die Vindicirbarkeit, bezeichnet wird. Für den Richter ist Eigenthum vorhanden, sobald solches an der Hauptsache, solum, carina etc. nachgewiesen ist. An den Nebensachen, quae alienae rei cedunt, ist zwar ein fremdes Recht möglich, tritt jedoch erst dann in die Erscheinung, wenn es gerichtlich im Wege der

Klage oder Einrede geltend gemacht wird. Bis dahin erstreckt sich der processuale Schein des Eigenthums über das Ganze. Mit der Vindication wird ein Besitzensollen ex hypothesi geltend gemacht; über das Besitzganze hat daher der Richter eine einheitliche Entscheidung zu geben. Soll er die Eigenthumsgrenzen innerhalb des Besitzganzen feststellen, dann muß erst durch die Exhibitionsklage oder Lösungseinrede dem Besitzer die Pflicht oder das Recht der Trennung gegeben werden.

Nach der Auflösung hört für den abgelösten Theil dieser processuale Schein auf, das Recht an der früheren Hauptsache begründet keine Klage mehr, welche von vornherein auch die Nebensachen umfaßte. Wenn ein Wohnungsberechtigter Fenster oder Thüren dem Gebäude eingefügt hat, so kann der Eigenthümer das mit den verbundenen Sachen in fremden Besitz gekommene Haus vindiciren. Die Behauptung des Besitzers, ein Theil des Hauses sei Nichteigenthum des Vindicanten, enthält keine theilweise Negation des Klaggrundes, sondern eine Einrede und zwar unzulässig falls ex jure tertii stammend.' Auch darf der Beklagte seine processuale Lage nicht dadurch verbessern, daß er pendente lite trennt. Sind aber vor Beginn des Streites die fenestrae und ostia auf irgend eine Weise abgetrennt, dann entscheidet lediglich ihr eigenes sachenrechtliches Schicksal über das an ihnen geltend zu machende Recht.

Dies besagt fr. 59 de R. V.

Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum demsit. Quaero: is, qui imposuerat, possetne ea vindicare? Respondi, posse; nam quae alienis aedificiis connexa essent, ea, quamdiu juncta manerent, eorundem aedificiorum esse, simulatque inde demta essent, continuo in pristinam causam reverti.

Die Frage bestehet nun darin, ob bei dem Eigenthumsstreit über die aufgelösten Bestandtheile, dem das Ersitzungseigenthum an denselben in Anspruch Nehmenden vom Gegner entgegen gehalten werden kann, während der Verbindung habe überhaupt kein Besitz stattgefunden.

In den beiden Stellen, in welchen ein solcher Ausspruch gefunden wird fr. 23 §. 7 de R. V. und fr. 7 §. 11 de acqu. rer. dom. wird in dem vorhergehenden Paragraphen des Rechts der zwölf Tafeln gedacht, nach welchem ein tignum alienum aedibus junctum nec vindicari potest, nec eo nomine ad exhibendum agi. In beiden Stellen werden als Gegner der prior dominus materiae und der dominus oder der Ersitzer des Hauses gedacht.

Als Grund, aus welchem das in Folge der Ersitzung behauptete Recht dem Rechte des frühern Eigenthümers weichen muß, stellt sich der Ausschluß der Präscription gegenüber dem agere non valens dar. Die gewählten Ausdrücke lauten zwar allgemein: „singula caementa non usucapiuntur", es wird jedoch gewiß zulässig sein, diese Entscheidung auf die Prämissen des besondern Falles zu beschränken. Die absolute Natur des römischen Eigenthums brachte es mit sich, daß gegenüber der Usucapionsbehauptung sich ein jeder Dritte, nicht blos der prior dominus materiae, auf das in der Eigenschaft als tignum junctum liegende Usucapionshinderniß berufen konnte. Die Zulässigkeit dieser

exceptio de jure tertii, weil durch eine solche ein Recht als absolutes ebenso aufgehoben wird, wie durch eine exceptio de jure proprio führt dahin, daß nicht, wie unserem Billigkeitsgefühle entsprechen würde, der Usucapion nur relativ gegenüber dem bestimmten durch dieselbe ohne Schuld geschädigten Gegner die Wirkung abgesprochen, sondern dieselbe überhaupt negirt wird.

Wo das in der Eigenschaft als tignum junctum liegende Usucapionshinderniß nicht vorliegt, da kann zum Beweise des einen Requisites der Ersitzung, der Besitzesdauer, auch jeder Zeitraum benutzt werden, während dessen die Sache mit einer anderen Hauptsache verbunden war. Die Vindication der verbundenen Sache war zwar zeitweilig auch verhindert, aber die durch die Lösungsklage herbeizuführende Nativität derselben doch in der Macht des Eigenthümers. Wenn wir die unserer Herrschaft unterworfenen Objecte mit einander verbinden, trennen und wieder verbinden, dann ist unsere Thätigkeit gerade ein Zeugniß für das Beharren unserer Herrschaftsvorstellung und nichts liegt uns ferner als dieselbe bei der Einfügung aufgeben oder bei der Lösung neu concipiren zu wollen.

Die Eingehung und die Lösung von Verbindungen innerhalb des Herrschaftskreises des Besitzers stellt nun zwar das Fortbesitzen nicht in Frage, wohl aber werden Schwierigkeiten in der Anwendung desjenigen positiven Gesetzes herbeigeführt, welches das Zeitmaß unterschiedlich nach der Mobiliar- oder Immobiliareigenschaft des Objectes feststellt. Wie alle positiven Rechtsvorschriften, welche ein bestimmtes Maß von Voraussetzungen mit nothwendiger Willkür fixiren, giebt auch diese Norm nicht für alle bunten Fälle der Wirklichkeit eine feste Entscheidung. Die Ergänzung der Lücken eines positiven Gesetzes ist eine öde Arbeit, da sie auf den immerhin beschränkten Standpunkt des Gesetzgebers zurückgehen, dessen Willen und dessen Gedanken zu ergründen suchen muß, nicht aber aus dem lebendigen Born des im Volksbewußtsein existirenden Rechtes schöpft. Hieraus folgt, daß diejenigen Stellen der römischen Juristen, in denen dieselben die Usucapionszeitmaßnorm auf die gesetzlich nicht besonders vorgesehenen Fälle der inzwischen vollzogenen Verbindung oder Lösung von Beweglichem mit Unbeweglichem anpassen, nicht geeignet sind, um leitende Rechtsgrundsätze aus ihnen zu entwickeln.

In Wirklichkeit hat aber nur Javolenus in dem schon besprochenen fr. 23 de usurp. der Entscheidung hinsichtlich der Zeitmaßfrage eine falsche abstracte Regel zu Grunde gelegt.

Accedit, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit, ut dicat, in possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse et solum se capturum esse ampliore tempore.

Die hier behauptete Nothwendigkeit liegt aber gar nicht vor. In der Fixirung des Zeitmaßes für Grundstücke will der Gesetzgeber offenbar das Usucapionsschicksal für das Besitzganze solum und superficies einheitlich bestimmen. Die Annahme des Besitzes am ablösbaren Theile erfordert durchaus nicht, daß derselbe schon vor seiner Mobilisirung dem Mobiliarzeitmaß unterworfen werde.

Wenn nun aber während der Usucapionszeit eine Lösung eintritt, dann ist das Usucapionsschicksal des abgetrennten Theiles ganz unabhängig von dem Usucapionsschicksale des Bodens zu beurtheilen. Die Anrechnung des Besitzes in der Verbindung auf das nach der Trennung zur Anwendung kommende kürzere Mobiliarzeitmaß würde jedoch eine Ungerechtigkeit gegen den mit Verlust seines Rechtes bedrohten Eigenthümer sein, da dieser während der Verbindung noch auf ein längeres Spatium zur Klagerhebung rechnen konnte und dieser gerechten Erwartung nicht durch eine willkürliche Handlung beraubt werden kann, gleichwie bei gesetzlicher Einführung einer kürzeren Verjährungsfrist nicht die vergangene Klagunterlassungszeit das neue Maß erfüllen kann*).

Sollte die Vollendung des Immobiliarzeitmaßes früher erfolgen, als des neubeginnenden Mobiliarzeitmaßes, dann würde allerdings das wenig passende Resultat herauskommen, daß der frühere Eigenthümer sich zwar noch einen vor Ablauf der Immobiliarzeit abgetrennten Balken herausfordern kann, während er das Grundstück dem Usucapienten lassen muß.

Wenn endlich eine bewegliche Sache während ihrer Ersitzungszeit mit einer unbeweglichen Sache verbunden wird, dann ist überall kein Grund ersichtlich, sie von nun an dem Immobiligrzeitmaß zu unterwerfen. Dieses gilt über das Usucapionsschicksal des gesammten Grundstückes, aber die Anwendung für eine einzelne verbundene Sache wäre eine Absurdität, denn die Sache wird durch die Verbindung doch immer noch kein fundus**).

Auf eine Vergleichung der herrschenden Ansichten, welche dem fr. 30 §. 1 alle mögliche Gewalt anthun, glaube ich mich nicht weiter einlassen zu müssen. Bei einsamer Arbeit wird man leicht mißtrauisch gegen sich selbst, ob man in denselben Kategorien denkt, wie andre Leute. Keine andere Rechtsausführung hat aber jemals ein solches Mißtrauen hervorgebracht, als die Savigny'sche Ausführung, wer das Ganze besitzt, besitzt nicht die Theile. Es kam mir immer vor, als ob der Schluß: „Alle Menschen sind sterblich, Cajus ist ein Mensch, folglich ist Cajus?" — auf „nicht sterblich" hinauslaufen müsse.

Bei Schließung dieses Capitels ist noch zu bemerken, daß des Mitbesitzes absichtlich nicht gedacht worden ist, weil derselbe in ein anderes

---

*) fr. 23 §. 2. de u. e. u. Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore, quod in usucapioue rerum mobilium constitutum est, usucapiantur, et non potes recte uti eo tempore quo in aedificio fuerunt.

**) fr. 30 §. 1 de usurp. Labeo libris epistolarum ait, si is cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent in aedificium eas conjecisset nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Tegulae und columnae werden zwar nach Ulpians mit „quidam ajunt" eingeführter Meinung zu der tigna juncta gerechnet. Jedoch ist ihre desfallsige Eigenschaft keineswegs von vornherein feststehend und im vorliegenden Falle vorausgesetzt. Wo in dem Corpus juris die specielle rechtliche Qualität eines tignum junctum als Grund zur Entscheidung benutzt wird, da wird auch stets auf den speciellen Rechtssatz Bezug genommen. fr. 7 pro ad exhib. fr. 62 d. V. S. §. 29 J. de rer. div. fr. 7 §. 10 de acqu. rer. dom. fr. 23 §. 6 de R. V. fr. 98 §. ult. de solut. fr. 63 de don. inter virum et uxorem.

Capitel gehört. Der römische eine contradictio in adjecto enthaltende Ausdruck pars pro indiviso besagt, daß eine Grenzziehung innerhalb des Besitzobjectes nicht stattfindet. Bei der Mitherrschaft begrenze ich nicht räumlich mein Gebiet gegen meinen Genossen, ich begrenze nicht das Object, sondern ich begrenze meine Herrschaft, mein Besitzenwollen ihrem intensiven Inhalte nach auf das gemeinschaftlich Gewollte, während der Einzelbesitzer keinen mitwirkenden Factor für seinen Herrschaftswillen anerkennt.

§. 10. Der Besitzbeginn.

Der Ausdruck „Besitzerwerb" ist geeignet, die ganze Lehre vom Besitze von vornherein von einem schiefen Gesichtspunkte auffassen zu lassen. Die Römer reden zwar auch von der acquisitio possessionis und sind die unsere Lehre behandelnden Titel der Digesten und des Codex „de acquirenda possessione" überschrieben. Aber bei den Römern ist ein schiefer Ausdruck bei weitem nicht in dem Maße fruchttragend als bei uns ärmlichen Epigonen, die wir nur selten aus dem unerschöpflichen Born der Intuition schöpfen, sondern aus Mißtrauen gegen alles unvermittelte Wissen festgeklammert an die Worte zu den Consequenzen hinaufzuklettern suchen.

Der Thatbestand des Besitzes liegt, wie wir gesehen haben, in einem geistigen Zustande des Subjectes, welcher im Causalitätsnexus mit dem räumlichen Befinden der Sache stehet. Die Herrschaftsvorstellung ist berechtigt und wird geschützt, weil sie vorhanden ist; nur das Vorhandensein wird geprüft. Die Vorstellung hingegen, daß Titius mir etwas geben solle, bedarf, um berechtigt und schützbar zu erscheinen, der Bewahrheitung ganz bestimmter in der Vergangenheit liegender Thatsachen.

Unser Vermögen bestehet erstlich aus einer Summe von Consequenzen der in der Vergangenheit liegenden juristischen Thatsachen. Die Rechtswirkung ist hier nicht an ein gegenwärtiges Sein, einen actuellen Zustand geknüpft, sondern basirt auf der Vergangenheit. Wie auch die Welt sich inzwischen gestaltet, das Recht bleibt intact und unabhängig von der stets wechselnden Gegenwart. Sobald Titius uns promittirt hat, haben wir die Forderung erworben. Für den Augenblick der Promission kommt es allerdings auf die Ernstlichkeit des erklärten Willens, die Handlungsfähigkeit der Parteien an; das einmal entstandene Recht bleibt aber unabhängig davon, daß mein Schuldner wahnsinnig wird oder seinen Willen ändert. Das Recht in hypothesi ist ein Reflex der ewig stillstehenden Vergangenheit, kein Wiederschein der stets wechselnden augenblicklichen Sachlage. Die Resultate unseres juristischen Handelns und Leidens erstarren zu Pflichten und Rechten. Das Recht ist erworben, sobald die Hypothesis eingetreten ist. Man kann nicht von einem Beginnen des Rechtes reden, dasselbe ist eine Conclusion aus einer feststehenden Prämisse, und ein Schluß bei gleichbleibender Prämisse fängt nicht an und hört nicht auf, je nach den

sonstigen Umständen richtig oder unrichtig zu sein. Zu den vorhandenen Prämissen können neue Prämissen hinzutreten, welche nicht den früheren Schluß alteriren, jedoch in Verbindung mit den vorgehenden Hypothesen aus der gesammten Vergangenheit nunmehr einen neuen Schluß ziehen lassen. Von dem Beginnen einer rechtlichen Wirkung kann man nur dann reden, wenn dieselbe der Ausfluß eines Zustandes ist und in jedem Augenblicke durch ein thätiges oder leidendes Verhalten der Subjecte neu erzeugt wird. Der Ausdruck Rechtserwerb bezeichnet dagegen, daß die rechtliche Wirkung unabhängig von einem fortzusetzenden Zustande allein aus dem Eintritt der Hypothesis entsprungen ist. Das Recht in hypothesi entsteht, aber es fängt nicht an. Die Rechtsregel, daß ein jedes einmal entstandene Recht so lange fortdauere bis eine seinen Untergang herbeiführende Thatsache eingetreten ist, besagt, daß das Recht, das Wollendürfen in hypothesi und der vom Gewalthaber im Gesetze zugesagte Schutz lediglich an den abgeschlossenen historischen Vorgang geknüpft ist. Fortdauer heißt hier Unabhängigkeit von der gegenwärtigen Sachlage, nicht Fortsetzung des das Recht begründenden Zustandes bis in die Gegenwart. Die Knüpfung des Rechtes an eine geschichtliche Hypothesis hat die wichtigsten Folgen, nämlich Uebertragbarkeit des Rechtes, Uebergang auf die Erben, Möglichkeit des Erwerbes ohne Wissen des Berechtigten, denn die rechtlichen Consequenzen aus dem Zustande des Subjects sind nicht übertragbar, die Consequenzen aus einer Thatsache können aber von dem ursprünglich betroffenen Subject auf ein anderes Subject übertragen werden, wenn eine fernere Hypothesis hinzutritt, welcher der Gesetzgeber diesen Effect beigemessen hat.

Zweitens besteht unser Vermögen aus actuellen Rechten. Bei diesen ist der gesetzliche Schutz eines Willensinhaltes des Berechtigten nicht an ein Geschehensein, sondern an ein gegenwärtiges Sein geknüpft. Beim Besitze an einem geistigen Zustand des Subjectes, welcher causal wirkt für das räumliche Verhalten der Sache. Von einem in der Vergangenheit liegenden Erwerbe des Rechtes auf Schutz im Besitze kann deshalb hier nicht die Rede sein. Die Vergangenheit bleibt gleichgültig, soweit sie nicht schlüssig ist für die gegenwärtige Herrschaftsvorstellung. Das Recht des Besitzers hängt stets von der augenblicklichen Sachlage ab, selbst eine Veränderung der Sachlage durch Gewalt und Unrecht raubt ihm sein Recht. Da sein Recht einer stets dem Wechsel unterworfenen Sachlage, nicht wie das Recht in hypothesi einer unveränderlichen Basis entstammt, so ist es nie in dem einen Augenblicke für den anderen Augenblick erworben. Das Recht entsteht nicht, sondern es beginnt, dauert fort und hört auf, je nach der Lage des Augenblicks. Die juristischen Thatsachen, welche den Beginn des Besitzes herbeigeführt haben, Tradition, Occupation, sind unschlüssig, wenn es sich um die Constatirung des Besitzrechtes in einem späteren Momente handelt.

Der Thatbestand des Besitzes in einem bestimmten Momente hat neben der Superiorität im Interdictenbesitze, dem Besitzrechte, für jenen Moment aber auch noch sehr häufig eine viel weiter gehende Function. Er dient nämlich als Hypothesis für einen Rechtserwerb, insbesondere fungirt der Besitzbeginn als juristische Thatsache für den Eigenthumserwerb.

Das Besessenhaben gewinnt eine über seine Dauer hinausreichende Wirksamkeit. Diese Wirksamkeit liegt auf anderen Rechtsgebieten nicht innerhalb der Lehre von dem Besitzesschutze. Aber gerade dieses Besessenhaben in dem Augenblicke nach der Occupation, Tradition und Dejection wird von den römischen Juristen einer genauen Prüfung unterzogen und wenn diese Prüfung auch nicht zu dem Zwecke geschieht, um eine gar nicht eingetretene Besitzcontroverse zu entscheiden, sondern lediglich um den Erwerb eines Rechtes in hypothesi zu constatiren, so bleiben diese Prüfungen doch von der größesten Wichtigkeit, denn wo auf Grundlage bestimmter Thatsachen der Traditionseffect, der Eigenthumserwerb durch Occupation, das Erwachsen des Dejectionsanspruches angenommen wird, da ist gleichzeitig für jene Momente der Besitzthatbestand bezeugt. Der eigentliche Besitzanspruch, welcher lediglich in dem actuellen Thatbestande seine Basis findet, ohne sich auf irgend eine der Vergangenheit angehörige juristische Thatsache zu seiner Begründung beziehen zu müssen, geht lediglich auf präjudicielle Feststellung, daß man selbst besserer Besitzer ist gegenüber einem aufgetretenen Mitbewerber um den Besitz. Mit directer Beziehung gerade auf diese Frage, uter melius possideat, geben die Quellen wenig beispielsweise Entscheidungen und zwar nur solche, in denen der actuelle Willenszustand der Streitenden aus einem unter denselben obwaltenden Obligationsverhältnisse — Pacht, Superficiarcontract, Precarium — construirt wird. Die Rechtsansprüche ex hypothesi, welche leicht an dem Merkmal zu erkennen sind, daß zu ihrer Begründung eine in der Vergangenheit liegende Thatsache gehört, sind von weit größerer praktischer Wichtigkeit als der Besitzesanspruch, das als Hypothesis dienende Besessenhaben in einem bestimmten Momente ist deshalb auch häufiger zu prüfen als der gegenwärtige Besitz; die Regeln der Prüfung sind aber dieselben.

Das Besitzrecht ist auch ein Bestandtheil unseres Vermögens. Den tiefgehenden Unterschied zwischen ihm und den Rechten in hypothesi hat man auch deshalb nicht nöthig anzuzweifeln, weil der Besitz oft als präsumtives Eigenthum sich darstellt, oder, wie art. 2230 des C. N. es ausdrückt, on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé, qu'on a commencé a posséder pour un autre. Die nähere Darlegung der Bedeutung dieses Satzes muß der späteren Erörterung der Besitzschutzmittel überlassen werden, und möge hier zur Beseitigung des Zweifels Folgendes genügen. Wenn ein Vermögen durch einen Contract, durch ein Delict oder durch ein zufälliges Ereigniß vermindert und gleichzeitig durch dieselbe Thatsache ein anderes Vermögen vermehrt wird, dann giebt das Gesetz Klagen zur Wiederausgleichung und Rückgängigmachung der Veränderung in den Vermögen. Als Hypothesis fungirt hier der Vertrag, das Delict und der Condictionsgrund*) und tritt als fernere Hypothesis des zu mißbilligenden Vermögenswechsels das Besessenhaben des Condicenten im Augenblicke

---

*) Bruns, Besitzklagen S. 200 übersieht, daß es einen speciellen Condictionsgrundes, bestehend in einer besonderen Art und Weise, wie der Besitz verloren und gleichzeitig auf der anderen Seite gewonnen ist, stets bedarf. Er will die alleinige

der jenseitigen Besitzgewinnung hinzu. Nur wird in diesem Falle nicht, sobald die Quellen die Condiction, die Delictsklage, die Vertragsklage gegeben wird, damit auch der Besitz des Klägers im Augenblicke der verpflichtenden Thatsache bezeugt, weil das zum Vermögen desselben Gehörthaben auch durch hypothetische Rechte begründet werden kann.

Bei theoretischer Prüfung eines jus in hypothesi stellen wir zuvörderst die Grundsätze über den Erwerb des Rechtes fest, denn der gesammte Thatbestand desselben liegt in den der Vergangenheit angehörigen Erwerbsthatsachen. Diese Grundsätze bilden alsdann die Norm, nach welcher wir prüfen, ob Jemand zur Zeit das Recht hat. Wenn wir aber bei dem Besitze auch geprüft haben, wie derselbe zu beginnen pflegt, so können wir dennoch noch lange nicht beurtheilen, ob derselbe gegenwärtig vorhanden ist. Ein jeder Moment in der Dauer des Besitzrechtes hat seinen besonderen gegenwärtigen Thatbestand. Wir haben deshalb bei der Construction des Besitzthatbestandes nicht blos auf den Anfangspunkt, sondern auf die ganze Dauer zu sehen; wir finden als Thatbestand des Besitzes nicht ein abgeschlossenes historisches Factum, sondern einen dauernden Zustand des Subjects. Wenn wir dennoch der Lehre vom Besitzbeginne — der Ausdruck Besitzerwerb soll übrigens nicht ängstlich vermieden werden — einen besonderen Abschnitt widmen, so geschieht dies, weil hier und auch in dem Momente des Besitzverlustes der Thatbestand in einem besonders scharfen Lichte erscheint. Der Besitzbeginn kann auf dreifache Weise vor sich gehen, nämlich erstlich so, daß man nicht auf einen schon vorhandenen zu vergewaltigenden oder zu umgehenden Besitzwillen trifft, zweitens so, daß der bisherige Besitzer freiwillig weicht, und drittens endlich so, daß sein Widerstand gebrochen oder vermieden wird. Diese drei Fälle sollen mit Occupation, Tradition und Dejection bezeichnet werden.

Thatsache, daß ich den Besitz gehabt und verloren habe, als einen Condictionsgrund gelten lassen. Es fehlt alsdann an jeder Synthese zwischen den Personen, unter denen eine Obligation erwachsen soll.

§. 11. Occupation.

Die Occupation spielt eine sehr unbedeutende Rolle in unserem Verkehre, denn die Welt ist fortgegeben. Raum für die Besitzergreifung ohne Furcht mit einem vorhandenen Besitzer in Conflict zu gerathen giebt es sehr wenig. Der alternde civilisirte Staat ist eine in lauter schon occupirte Ausschnitte getheilte Fläche. Dem erblosen Proletarier bleibt nur die Landstraße zu seiner freien Bewegung. Nur Wald und Meer sind noch Brüste der Natur, an welchem dem armen Manne mit Vorsicht und unter obrigkeitlicher Beschränkung etwas zu saugen gestattet ist. Nicht der gesammte Grund und Boden des Staates ist dergestalt einer Bewirthschaftung unterworfen, daß seine Producte als die Früchte menschlichen Fleißes erscheinen, das Grundstück nur ein Instrument in der Hand des Bebauers ist. Die Unterwerfung unter die Cultur ist geschehen durch Rodung des einst Alles bedeckenden Waldes. Die nicht in Feld oder Gartencultur genommenen Reste, auf denen der Boden von selbst, soweit er solches vermag, Pflanzen, in günstiger Lage, Wald hervorbringt, sind für uns Binnenländer, der Rest der freien Natur. Aus nationalökonomischen Gründen hat der Staat diese Reste unter seine Aufsicht genommen und bestimmt, daß dieselben der Forstcultur gewidmet bleiben sollen. Da ein thatsächliches und bleibendes Merkmal diese Grundstücke von dem übrigen Grund und Boden nicht abscheidet, so sind sie in den deutschen Staaten mit geordneter Forsthoheitsverwaltung in Forstlagerbüchern zusammengestellt.

Nach der gemeinen Ansicht*) findet an diesen Forstgrundstücken in derselben Weise Besitz und Eigenthum statt, wie an allen anderen Grundstücken. Hiernach müßten gemäß der von uns erkannten Grundsätze über den Besitz an Theilen die mit dem Boden zusammenhängenden Pflanzen auch im Besitz der Grundherren stehen. Die Abtrennung einer Pflanze durch einen Unberechtigten würde nach §. 242 des Reichstrafgesetzbuches einen Diebstahl bilden, denn unter „beweglicher Sache" ist unzweifelhaft auch die durch Trennung zu mobilisirende Sache begriffen. Wenn zwischen dem Besitz an Gartengrundstücken und an Forstgrundstücken kein Unterschied ist, dann läßt sich auch gar nicht einsehen, weßhalb zwischen der Wegnahme eines Fruchtbaumes aus meinem Garten und eines Waldbaumes ein Unterschied gemacht werden soll. Hiergegen

*) Beseler, Deutsches Privatrecht § 195.

sträubte sich nun aber unsere Volksanschauung und manche Regierungen, zum Beispiel die Braunschweigische, glaubten sich nicht in Widerspruch mit dem Reichsgesetze zu setzen, wenn sie die Entwendung vom Boden noch nicht oder durch Zufall getrennter Pflanzen insbesondere von Bäumen außerhalb der gegebenen Diebstahlsdefinition setzten, ein Verfahren, zu welchem der Fortgeltungs-Vorbehalt für die Forstpolizeigesetze allein keine Befugniß ertheilt haben würden. Wenn man die Forstgrundstücke als besessen ansieht gleich dem sonstigen Grund und Boden, dann vermag ich nicht zu erklären, weßhalb das nicht auf eine Erlaubniß zurückzuführende Entwenden des Holzes vom Stamme, ja sogar Beeren-, Streu-, Abfallholz-Suchen kein Diebstahl sein soll. Jede desfallsige Erlaubniß würde als Tradition zu betrachten sein. Ich glaube, daß hinter der Nichtsubsummirung der Entwendung noch nicht occupirter Producte aus den Wäldern eine Volksanschauung steckt, welche im Uebrigen Rechtssätze nicht zu bilden vermocht hat. Die römisch rechtliche Synthese zwischen Person und Sache, nach welcher die Letztere in ihrer Totalität als Mittel zum Zweck der Ersteren gesetzt wird — Besitz und Eigenthum — steht in Anwendung auf den Grund und Boden nicht in völligem Einklange mit unserem deutschen Volksbewußtsein. Der Grund und Boden stellt uns die productive Natur dar, an deren Brust das gesammte Volk leben soll. Die Nutzungsrechte können wohl vertheilt werden, aber daß einem sterblichen Mitgliede des Volkes oder gar einem Fremden ein Stück des Vaterlandes gehören, die Function dieses Stückes ganz aufgehen soll in den Zwecken der einzelnen Person, widerstreitet unserem Gefühle. Bezüglich derjenigen Grundstücke, bei welchen die Nutzung mehr als ein Product menschlicher Arbeit denn als freie Gabe der Natur erscheint, bei denen das Grundstück mehr als Werkzeug, wie als selbstthätiger Segenspender erscheint, haben wir diesen Widerstreit besiegt. Der Wald wird zwar auch bei uns forstmännisch cultivirt; die Forstcultur ist indessen noch nicht bis zur Waldgärtnerei gediehen; der Waldertrag ist eine durch menschliche Nachhülfe beförderte Spende der Natur. Gerade beim Walde geht deßhalb die Volksanschauung dahin, daß einzelnen Privilegirten zwar besondere Nutzungsrechte aber nicht die totale Herrschaft zugeschrieben werden könne. Das Recht dieser Privilegirten gehet auf vorzugsweise Occupation der Producte. Erst mit der Occupation entstehet jene totale Herrschaft, deren Verletzung durch Wegnahme wir Diebstahl nennen. Das Odium, welches auf dem Diebstahl lastet, rührt daher, weil durch denselben Erträge früherer menschlicher Arbeit von einem Unberechtigten vorweggenommen werden. Eine ganz andere Färbung, wie die Vereitelung menschlichen Fleißes, die Denaturirung der edelsten menschlichen Freiheit, derjenigen der Arbeit, hat ein unerlaubtes Schöpfen aus dem Born der Natur an einer Stelle, wo ein Anderer das ausschließliche Recht zu schöpfen hatte.

Bezüglich der aus dem Forst durch Abtrennung entwendeten Bäume hat man niemals gezweifelt, daß der Forstherr solche, wo sie sich befinden, vindiciren könne.

Die Rechtswissenschaft kann nichts weiter thun als den Widerspruch hervorheben, welcher darin liegt, daß die Wälder besessen werden und

doch die Entwendung von noch ungetrennten Producten keinen Diebstahl bildet. Ein von der Besitz- und Eigenthumsherrschaft abweichendes Rechtsverhältniß hat hier nicht behauptet werden sollen, sondern nur, daß eine nicht bis zur Rechtsbildung vorgeschrittene Volksanschauung über ein solches Rechtsverhältniß im Strafrecht eine partielle Wirkung ausgeübt hat.

Setzen wir nun, da wir hier nicht von Tradition und von Besitzentziehung reden wollen, den Fall, daß wir die noch unbesessene Natur vor uns haben. Auf ein privilegirtes Occupationsrecht kommt es dabei nicht an. Die Sachen haben hier eine nicht vom Menschenwillen ihnen gegebene, sondern lediglich von ihnen selbst und der Wirkung der Naturkräfte ausgehende Ortsbestimmung. Der Besitzbeginn bestehet alsdann darin, daß der menschliche Willen ihnen eine Ortsbestimmung zu dem Zwecke giebt, daß er sie künftig als Mittel für seine Bedürfnisse bereit habe. Zu dem Besitzbeginn ist auch bei den der Bemächtigung keinen Widerstand entgegensetzenden Mobilien eine mechanische Einwirkung nothwendig. Oculis et affectu kann man umherliegende Früchte nicht occupiren; der Causalnexus zwischen dem Besitzwillen und der Ortsbestimmung der Sache muß hergestellt sein. Bei der Tradition, wenn die bisherige Ortsbestimmung die That des Tradenten ist, bedarf es keiner mechanischen Action des Empfängers, durch eine Ratihabition der That des consentirenden Tradenten in Gegenwart der Sache kann die Ortsbestimmung causal auf den Willen des Empfängers zurückgeführt werden. Nicht so, wenn die Sachen die von der Natur ihnen angewiesene Lage haben, denn zwischen der Natur und dem Occupanten findet kein Consensus statt. Der erste Blick kann deßhalb kein Vorrecht des beim Aufsammeln Begriffenen vor später Hinzugekommenen gewähren. Dabei braucht aber selbstverständlich die Ortsbestimmung nicht eine definitive, sie kann auch nur eine provisorische sein, Anhäufung behuf weiterer Fortschaffung.

Etwas verwickelter wird die Constatirung des Besitzbeginnes bei denjenigen Sachen, welche der Beugung unter den menschlichen Willen selbstthätigen Widerstand entgegensetzen. Man muß hier, bei dem Wilde, die verschiedenen Stadien der Occupationsthätigkeit unterscheiden Wahrnehmung, Verfolgung, Fang. Es taucht hier die Frage auf, ob wenn ein Theil der Arbeit, welche in ihrem Endzwecke zu der Bemächtigung des Wildes führen soll, von mir gethan ist, ich hierdurch nicht ein Vorrecht vor einem Dritten erlange, welcher mir die Frucht vor der Nase wegpflückt, meine Arbeit benutzt, um sich selbst den halb von mir schon errungenen Vortheil zuzuwenden. Der Respect vor der fremden That ist ja der Grund des Besitzschutzes überhaupt.

Hierüber handelt fr. 5 de A. R. D. Illud quaesitum est, an fera bestia quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur; quodsi desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis. Itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo an imo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri eum nobis commisisse. Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt ut eam non capiamus.

Wenn eine mit Mühe geschaffene Bemächtigungsaussicht von einem Dritten zu eigenem Vortheile vereitelt wird, mit dem Bewußtsein, daß hierdurch eine fremde berechtigte und die Prävention für sich habende Absicht durchkreuzt wird, so ist ein Unrecht, eine injuria*) jedenfalls darin zu finden. Sollte auch dem ersten Jäger durchaus kein körperlicher Zwang, keine Verhinderung seiner freien Bewegung angethan werden, so wird er doch auch durch eine solche Handlungsweise verhindert zu jagen. Eine Frucht der Arbeit, wenn dieselbe auch nur in einer gesteigerten Hoffnung bestehet, wird entzogen, der freie Willen rückwärts denaturirt. Eine Besitzes- und folglich auch eine Eigenthumsverletzung hat aber die gemeine Meinung der römischen Juristen und wohl mit Recht nicht darin gefunden. In eine rechtliche Synthese zur Sache tritt der Jäger erst durch den Fang, wenn er die Kräfte des Thieres bewältigt und demselben eine von seinem Willen ausgehende Ortsbestimmung gegeben hat. Die Synthese zwischen dem Verfolger und dem verfolgten Wilde würde etwas Anderes sein als Besitz, zum Beispiel ein Vorzug in der Aneignungsbefugniß und ein solches Rechtsinstitut ist eben nicht vorhanden. In welcher Weise die Verfolgung ausgeübt wird, ob dadurch, daß der Jäger hinter dem Thiere herläuft oder dadurch, daß er dasselbe in eine Falle lockt, muß sich gleich bleiben. Bei dem Fallenstellen finden wir deshalb dieselbe Controverse als bei dem hetzenden Jäger.

fr. 55 de A. R. D. (Proculus).

In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit; quum in eo haereret exemtum eum abstuli. Quaero num tibi videar tuum aprum abstulisse? Et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desiisset an maneret? et quam actionem haberes, si desiisset tuus esse? Respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim, et si in privato posuerim utrum in meo an in alieno; et si in alieno, utrum permissu ejus cujus fundus erat an non permissu ejus posuerim? praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit? Summam tamen hanc puto esse, ut, si in potestatem meam pervenerit, meus factus sit; sin autem aprum meum factum in suam naturalem laxitatem dimisisses eoque facto meus esse desiisset, actionem mihi in factum dari oporteret, veluti responsum est, quum quidam poculum alterius ex nave ejecisset.

Lösen wir zunächst die Frage nach dem Besitzbeginne des Fallenstellers aus unserer Theorie heraus. Im Augenblicke des Besitzbeginnes muß die Ortsbestimmung der Sache auf einen gegenwärtigen Besitzwillen des Occupanten zurückzuführen sein. Bei einer Falle bleibt man nicht stehen, sondern die Erleichterung in der Bemächtigungsarbeit bestehet darin, daß die eigene Thätigkeit der zu fangenden Thiere die Falle in Function setzt und dem unvorsichtigen Wilde die freie Bewegung raubt. Untersuchen wir nun den Vorstellungskreis des Jägers, während

*) fr. 13 § 7 de inj.

die Falle in seiner Abwesenheit fungirt, dann finden wir darin nur das Bewußtsein, eine Falle gestellt zu haben und die Vorstellung von der allgemeinen Art und Weise, wie die Falle wirkt. Wenn man nun auch den Besitzerwerb durch einen Generalmandatar ohne Wissen des Herrn annimmt, weil, wie das Oberappellationsgericht Oldenburg*) sich ausdrückt, man hier nicht mehr verlangen soll als das Bewußtsein, einen Generalmandatar zu Erwerbungen jeder Art legitimirt zu haben, so ist doch zwischen dem Bewußtsein der Fallenstellung und dem Bewußtsein, einen Generalmandatar bestellt zu haben, ein bedeutender Unterschied darin zu bemerken, daß der Generalmandatar denkt, die Falle aber nicht. Der Generalmandatar ist uns auch mit seinem Geiste dienstbar. Er ist eine Projection, ein ausgestrecktes Werkzeug von uns, bis in dessen äußerstes Ende unser Denken und Wollen reicht. Die Ortsbestimmung des Generalmandatars stehet mithin im Causalnexus mit einer in unserem Dienste geschehenden und deshalb unserer eigenen gleichzusetzenden gegenwärtigen Willensthätigkeit des Beauftragten. Die Falle hingegen oder der ergreifende Hund können uns im Denken nicht vertreten; es fehlt mithin bei dem Zuklappen der Falle, mag dieselbe auch das Entweichen des gefangenen, vielleicht nach Art der Wirkung der Falle sofort getödteten Thieres völlig unmöglich machen, an einem Causalnexus zwischen der Ortsbestimmung des Thieres und einem gegenwärtigen Besitzwillen. Den Eintrittsmoment des Fanges haben wir zu suchen auf dem Gebiete der psychologischen Vorgänge in dem Fallensteller, nicht auf dem Gebiete des mechanischen außer Verbindung mit einem gegenwärtigen Besitzwillen stattfindenden Geschehens. Vor Allem muß der Fallensteller direct oder in einem Beauftragten Kenntniß von dem Fange erhalten haben. Alsdann muß eine Willensentscheidung erfolgen, welche eine Ortsverfügung über das festhängende Thier enthält. Diese Willensentscheidung muß allerdings in einer äußeren Thätigkeit sich verkörpern, um aus dem Gebiete der unerkennbaren Cogitation herauszutreten. Die Thätigkeit kann aber in einem einstweiligen Belassen des Thieres in der Falle mit der Absicht späterer Fortschaffung an einen definitiven Aufenthaltsort bestehen. Bei dieser Willensentscheidung muß dem Besitzergreifenden das Befreiungsstreben des Thieres zur Zeit als bewältigt verständiger Weise erscheinen. Andernfalls ist die Conception des Besitzwillens unsinnig. An die äußere Sachlage, die Function der Falle sind aber nur insoweit Ansprüche zu stellen, als es derselben zur Constatirung des inneren Geschehens, der Fassung des Herrschaftsbewußtseins bedarf. Sollte der Jäger sich zur Belassung des Ebers in einem lockeren Netze bis zum anderen Morgen entschlossen haben, dann hat er nur eine unsichere Aufbewahrungsweise gewählt, sein Besitz aber hat begonnen. Jemand, der diesen Willensentschluß kannte und nach dem Weggange des Jägers den Eber sich aneignete, kann sich vor der Anschuldigung des Diebstahls nicht mit der Behauptung und dem Nachweise retten, daß die Stricke im Laufe der Nacht den fortgesetzten Anstrengungen des gefangenen Thieres gewichen sein würden.

*) Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 106.

Nun zu unserer Stelle. Der Jurist ist von einem Clienten über die Rechtsfolgen der Befreiung eines in seiner Falle hängenden Ebers durch einen Dritten befragt worden. Ein näherer Thatbestand ist ihm nicht angegeben, er mußte seine Antwort allgemein einrichten. Bei derselben berücksichtigte er beide in fr. 5 §. 1 de A. R. D. und §. 13 J. de rer. divis. berichteten Meinungen, deren Nebeneinanderbestehen erst Justinian nach seinen eigenen Worten ein Ende gemacht hat. Es handelte sich also erstlich um die Frage, ob der festhängende Eber der bestia ita vulnerata ut capi possit gleichzusetzen sei. Für die Entscheidung dieser Frage werden Umstände relevant, welche für die Frage nach dem Fange gleichgültig sind. Non interest feras bestias utrum in suo fundo quis capiat an in alieno. Die Juristen der ersten Meinung haben die Aussicht auf den Fang für relevant erklärt. Diese Aussicht hängt nun allerdings in gewisser Weise von der rechtlichen Eigenschaft des Ortes ab, an welchem die Falle gestellt ist. Muß doch, wenn sine permissu domini die Falle gestellt ist, sogar ein berechtigtes Dazwischentreten des Grundherrn erwartet werden. Ebenso hängt die Aussicht von der Art der Verstrickung ab.

Die Schwierigkeit der Constatirung einer bloßen Aussicht, quia multa accidere possunt ut bestia non capiatur, läßt indessen den Respondenten für die zweite Meinung sich entscheiden. Die Berücksichtigung der ersten Meinung ist nur auf die schwankende Gerichtspraxis zu beziehen. Der Jurist entscheidet sich dafür, daß es auf das in potestatem venisse ankommt. Der Ort der Fallenstellung, die Festigkeit der Stricke sind nur für das capi posse, nicht aber wie Baron Dogm. Jahrb. Bd. 7 S. 64 meint für den Fang von Bedeutung. Den Moment des Fanges hat der Jurist nicht festgestellt. Und jedenfalls ist es gerathener, diesen Begriff der Intuition zu überlassen als mit Baron von einer custodia über, unter und auf der Erde zu reden, gleich jenem Veterinär, der seinen Vortrag über das Pferd in derselben Weise eintheilte.

Die Entwendung des Wildes aus Fallen oder durch Abnahme von den dasselbe haltenden Hunden stellt somit einen je nachdem unbefugten Eingriff in eine begonnene Occupationsthätigkeit und keinen Diebstahl dar*). Die Occupation des Fallwildes, das heißt des in Folge seiner Verwundung in der Einsamkeit verendeten Wildes ist entsprechend zu beurtheilen.

Für den Fall, daß in meine noch nicht beendete Occupationsthätigkeit eingegriffen wird, habe ich als Jagdberechtigter gegenüber dem Unbefugten nach der heutigen Construction des Jagdrechts jedenfalls eine Klage auf Herausgabe des Wildergutes und bleibt die Frage nur noch dann bestehen, wenn zwei Jagdberechtigte (Koppeljagd) concurriren. Hier hat man angenommen, daß durch das Anjagen ein Vorrecht entstehe**); auf das römische Recht, insbesondere §. 37 de rer. divis.

---

*) Schwarze Commentar zum Reichsstrafgesetzbuch zu §. 292.
**) Roth Krit. V. J. Schr. V. S. 565.

kann man aber nicht, wie Roth thut; eine solche Construction stützen. Ueber das Eigenthum am Wildergut sind bekanntlich verschiedene Meinungen im Gange. Mag man aber über den Eigenthumserwerb denken, wie man will, als Besitzer muß man den Wilderer anerkennen und dann ist es unzulässig, wenn Roth l. c. S. 561 dem Jagdberechtigten gegenüber dem betroffenen Wilderer die Anwendung der Gewalt zur Abnahme des Wildes gestattet. Ein Nichteigenthum des Wilderers oder eine Herausgabepflicht desselben ist sehr wohl denkbar, aber für die Ausübung eines Rechtes in hypothesi kann nicht die Gewalt zugestanden werden, wenn man nicht den Jagdberechtigten mit einer polizeilichen Befugniß ausrüsten will. Wie klar auch in den meisten Fällen das Vergehen des Wilderers und das verletzte Recht des Jagdinhabers sein mag, mit Zulassung der Gewalt würde man bedenkliche Zusammenstöße bei Verwirrung der Grenzen der Jagdbezirke herbeiführen und einem Privatmanne gestatten, die objectiven Voraussetzungen, welche sein Verhältniß zu einem Dritten normiren, einseitig festzustellen, also im vorliegenden Falle zu bestimmen, ob der Dritte auf unserem Jagdgebiete sich befindet, ob er unbefugt ist zur Jagdausübung und nicht etwa eine gehörige Erlaubniß besitzt, ob er das Thier wirklich erlegt oder von einem Dritten erworben hat. Will man mit der in §. 117 enthaltenen Bestimmung des Reichsstrafgesetzbuches — Bestrafung des Widerstandes des Wilderers gegen den Jagdberechtigten — dem Jagdberechtigten die Befugniß zum Einschreiten geben, dann mag man ihm durch einen öffentlichen Act den polizeilichen Jagdschutz anvertrauen und ihn damit wenigstens in der Ausübung desselben unter öffentliche Aufsicht nehmen.

Eine fernere für den Erwerb, die Fortsetzung und den Verlust des Besitzes am Wilde wichtige Stelle ist fr. 3 §. 14 de poss. von Paulus.

Item feras bestias, quas vivariis incluserimus et pisces quos in piscinas conjecerimus a nobis possideri. Sed eos pisces qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagentur, a nobis non possideri, quoniam relictae sunt in naturali libertate: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eam omnes feras possidere, quod falsum est. Savigny findet den Unterschied zwischen silva circumsepta und vivarium, zwischen stagnum und piscina in der Größe, Baron in der ein Entweichen unmöglich machenden Art der Umfassung bei dem vivarium und in der entsprechenden Eigenschaft verbunden mit der Ablaßbarkeit bei der piscina. Der bloße Hinblick auf die Anstalten trifft nicht das Entscheidende; dieses bleibt der Ursachenzusammenhang zwischen der Ortsbestimmung der Sache und dem Willen des Menschen. Man muß fragen, ist die Anwesenheit der Thiere freie Gabe der Natur, oder ist sie Menschenwerk? Die Umgatterung der wildreichen Forst ist ein weites Netz, soweit, daß die Ortsbestimmung der Thiere innerhalb desselben nicht von dem Willen des Einhegenden, sondern von der freien Selbstbestimmung der Thiere abhängig gedacht werden muß. Und wenn das Gatter eine das Entweichen undenkbar machende chinesische Mauer wäre, seine Errichtung ist erst

eine den Fang vorbereitende Maßregel, nicht schon der Fang selber. Wenn nun auch aus den von Baron citirten römischen Schriftstellern hervorgeht, daß die vivaria bisweilen eine enorme Ausdehnung erreichten, immer aber doch nur im höchsten Falle bis 50 oder 60 preußische Morgen, so findet doch der wichtige Unterschied statt, daß man bei ihnen erst das Gatter errichtet und dann die Thiere hineinsetzt, während man bei der silva circumsepta den natürlichen Aufenthaltsort der Thiere mit einem weiten Netze umschließt. Auch zwischen der piscina und dem stagnum ist der Unterschied, daß im Teiche das Vorhandensein der Fische eine vielleicht durch Hegung und Pflegung begünstigte aber doch immer eine Naturgabe ist, während in der mit Estrich ausgestrichene piscina Fische sich nur aufhalten, weil solche hineingesetzt sind. Die Frage ist, ob der kritische Moment des Fanges schon eingetreten oder nur durch die Einzäunung, durch Construction zur Ablassung des Wassers aus dem Teiche näher gerückt ist. Jenseits des Fanges können wir dem Wilde und den Fischen in Vivarien und Piscinen einen bedeutenden Raum zur freien Bewegung gestatten, ohne daß ein Rücktritt derselben in die natürliche Freiheit stattfindet. Der Ausdruck des Juristen „conjecerimus" und „incluserimus" bezeichnet die Ortsbestimmung deutlich genug als eine That des Besitzers. Gegen diese Bedeutung der Bezeichnung bemerkt Baron, daß wenn man eine That des Besitzers als Symptom für den Besitz ansehen wollte, die Jungen eine Zeit lang, nämlich bis der Inhaber des Vivarium oder seine Leute an sie herangetreten in besitzlosem Zustande und deßhalb fremder Occupation preisgegeben wären. Demgegenüber ist zu bemerken, daß die Besitzcontroverse an einem ohne mein Wissen geborenen Jungen zwischen mir und einem Dritten erst möglich ist, nachdem ich von dessen Dasein Kenntniß gewonnen habe. Hat mir Jemand vor der von mir erlangten Wissenschaft das Junge gestohlen, dann wird aus dem Besitz der elterlichen Thiere auf die Zugehörigkeit derselben zu meinem Vermögen geschlossen und diese Vermuthung auf die während meines Besitzes von denselben getrennten Früchten erstreckt und bin ich durch die Diebstahlsklage und falls ich das Eigenthum an dem Mutterthiere nachweisen kann, auch durch die Vindication gesichert. Die von Baron hervorgehobene Besitzunmöglichkeit ist in demselben Grade vorhanden bei einem von meiner Henne ohne mein Wissen gelegten Eie. Das beruhigende bei dieser juristischen Feinheit ist, daß um einen Gegenstand, von dessen Existenz sie keine Ahnung haben, höchstens deutsche Professoren, nicht aber gewöhnliche Menschen sich zu streiten pflegen.

Gehen wir jetzt über zu der bunten Fülle von Fällen, in denen Jemand, auch ohne daß die Sache der Natur abgerungen wird, den Besitz kampflos beginnt, das heißt, ohne daß er durch Gewalt oder Heimlichkeit einen schon vorhandenen Besitzwillen brechen oder umgehen will.

fr. 3 §. 3 de poss. (Paulus). Neratius et Proculus et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simulatque possidendi affectum

habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciet non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. quidam putant Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum. qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra, quibus consentio.

Wenn man unter custodia einen Aufbewahrungsmodus versteht, der einen bestimmten Grad von Sicherung mit sich führt — und dies thun sämmtliche deutsche Rechtslehrer, ich erwähne nur Savigny, Baron und Meyscheider — dann geräth man in die größesten Schwierigkeiten bei Feststellung des Grades, der erforderlich sein soll. Die Sicherheitsmaßregeln sind der verschiedensten Art; sie gehen alle darauf hinaus, daß entweder ein Angriff auf Widerstand eines bereiten Vertheidigers stößt, oder durch die Verbergung der Sache vermieden wird. Zu den größesten Seltsamkeiten gelangt Baron. Derselbe unterscheidet eine custodia über der Erde und zwar eine persönliche, indem der Besitzer die Sache selbst, oder durch einen Stellvertreter bewacht und eine sachliche, indem die Sache sich auf einen für ihren Besitzer befriedeten Raum befindet. Dieser custodia wird eine custodia unter der Erde entgegengesetzt und werden alsdann noch abweichende Grundsätze bei Sclaven und Thieren mit consuetudo revertendi zugelassen. Es fehlt hier gänzlich der rothe Faden, welcher durch das Gewirre der verschiedenen Lebensgestaltungen leitet.

Unsere Sicherheit im Besitzen ziehen wir nicht aus einer günstigen Vertheidigungsposition, und als eine solche kann die custodia in der obigen Bedeutung nur genommen werden. Der Schutz unseres Besitzes ist vielmehr ein rechtlicher und somit nur an die Prämisse unseres Rechtes geknüpft. Zu dem Thatbestande des Rechtes gehört nun aber keineswegs, daß ein Wächter, ein Versteck oder eine sonstige Vertheidigungsanstalt uns eine gewisse thatsächliche Sicherheit schon gewähren, welche, wo sie dennoch nicht ausreicht, von dem Richter ergänzt wird. Der Thatbestand des Rechtes besteht vielmehr in dem Causalzusammenhange zwischen meinem Besitzwillen und der gegenwärtigen Ortsbestimmung der Sache. Der Besitzwillen muß durch die That in die Erscheinung getreten sein, theils, um beweisbar zu werden, theils auch weil eine Willensentscheidung auf rein innerem Gebiete nicht zur Vollendung kommt, sondern für den Wollenden selbst wie für Dritte außerhalb des bloßen Denkens in dem Handeln, in der Einwirkung des Idealen auf das Reale liegt. Die That muß für den Besitzwillen schlüssig sein. Hierin liegt, daß die Ortswahl bei beweglichen Sachen eine solche sein muß, daß man aus ihr die Absicht entnehmen kann, auch für die Zukunft die Sache als Mittel für die Person zu setzen. Da unsere Herrschaft thatsächlich von den verschiedensten elementaren und aus den Gelüsten Dritter entspringenden Gefahren bedrohet ist, so darf unsere Ortswahl nicht eine in solchem Grade unvorsichtige sein, daß sie mit

der Annahme des Besitzwillens unvereinbar wird. Bei der Interpretation unserer Handlungen werden wir als Durchschnittsmenschen nicht als Originale angenommen. Es sind die farblosen Ortsbestimmungshandlungen von denen zu unterscheiden, welche den Besitzwillen offenbaren. Die Offenbarung unseres Besitzwillens liegt in der Fürsorge für die Bewahrung unserer Herrschaft. Solche fürsorglichen Handlungen, mögen sie nun in der Bestellung einer Wache, im Verbergen oder in sonstigen Sicherheitsmaßregeln bestehen, sind die nothwendigen Zeugen für unseren Besitzwillen. Custodia ist die fürsorgliche und für die Herrschaftsvorstellung prägnante Ortsbestimmung. Daß irgend ein Grad objectiver Sicherheit durch die Ortsbestimmung geschaffen werde, ist dagegen durchaus nicht erforderlich. Wenn wir auch in der unvorsichtigsten Weise den Ort wählen, unsere Ueberschuhe in Berlin vor die Kirchthüre stellen, während wir die Kirche besuchen, die Gefahr liegt immer nur dicht vor dem Besitzverluste. Wir haben eine verständige Ortswahl und die nöthigen Sicherheitsmaßregeln nicht deßhalb zu treffen, um den Thatbestand des Besitzers zu schaffen, sondern um den Zweifel an dem Thatbestande zu beseitigen.

Kommen wir nun zu unserer Stelle. Jemand erfährt, daß in dem von ihm besessenen Grundstücke an einer gewissen Stelle ein Schatz verborgen sei. Dieses Wissen erzeugt in ihm Motive zur Aneignung. Die Motive stellen aber noch keine Willensentscheidung dar. Wenn Kostbarkeiten auch sehr begehrenswerth sind, so muß der Aneignungswillen sich doch erst in der That manifestiren. Wenn der thesaurus nicht eine vetus quaedam depositio cujus memoria non exstat, ut jam dominum non habeat, sondern eine pecunia aliena in terra condita ist, wie in unserem Falle, dann hat die Willensentscheidung über die Zueignung zweischneidige Folgen. Man wird Besitzer, aber man begeht auch ein furtum. Schon dieser Umstand muß klar machen, daß Rechtserwerb und Delict sich nicht auf dem Grunde der Seele vollziehen können, sondern daß der Betreffende durch eine That eine bestimmte rechtliche Stellung zu der Sache einnehmen muß, welche ihm nicht erlaubt, einestheils, wenn es ihm vortheilhaft ist, den Besitzerwerb zu behaupten und entgegengesetzten Falls zu leugnen. Damit unser Wollen Beachtung verdiene, muß es aus dem Stadium des Schwankens und der Cogitation herausgetreten sein und sich in einer That verkörpert haben, welche wir nicht nach Belieben als unser Kind anerkennen oder verläugnen können.

Bei der Tradition ist es zulässig, die Conception des Herrschaftsbewußseins anzunehmen, ohne daß der Empfänger der Sache eine neue als aus seinem Entschluß entsprungen sich kennzeichnende Ortsbestimmung gegeben. Der Empfänger kann die zeitige Ortswahl des Tradenten adoptiren; ein Belassen der Sache auf dem Flecke, auf welchem sie sich durch die That des Tradenten gerade befindet, kann als die erste den Besitzwillen des Empfängers bekundende Verfügung ausgelegt werden.

Nicht so, wenn diejenige Ortsverfügung, welche durch meine Ortsverfügung abgelöset und ersetzt werden soll, nicht auf dem Willen des

in den Besitzübergang auf mich consentirenden Besitzers beruhet. Ein Belassen der Sache an ihrem Flecke kann hier keinen Causalnexus zwischen den Ort der Sache und meinem Willen offenbaren. Wenn ich auch meine Absicht, den Schatz mir zuzueignen ausgesprochen, in Worten oder Werken zu erkennen gegeben habe, bevor ich nicht mechanisch und direct über denselben verfügt habe, existirt keine rechtliche Synthese zwischen Person und Sache. Die Lage des Schatzes bleibt Werk derjenigen Hand, die ihn vergrub; mein Besitz beginnt erst in dem Augenblicke, in welchem eine von meiner Hand dem Schatze gegebene Ortsbestimmung Zeugniß dafür ablegt, daß ich denselben besitzen will. Meine Ortswahl muß eine fürsorgliche für meine künftige Herrschaft sein, damit mein Besitzwillen zweifellos sei. Wird der vielleicht schon bloßgelegte Schatz da belassen, wo er gefunden wird, si non loco movetur, dann ist eine unseren Herrschaftswillen manifestirende Ortswahl nicht ersichtlich — non, est sub custodia. Dieses non sub custodia esse bedeutet nicht eine objective Gefährdung meines Herrschaftswillens, welche die Annahme des Besitzes ausschlösse; besitze ich doch auch in fremden Grundstücken von mir vergrabenes Geld*). Der Jurist verneint nicht den Besitz, weil, wenn wir den Schatz nicht unter Schloß und Riegel nehmen, leicht Jemand von dem unbewachten Felde ihn ausgraben und wegnehmen kann; dieser Grund würde jeden gefährdeten Besitz negiren, sondern weil wir ihn nicht in unserer custodia haben, eine von uns mit dem Besitzwillen getroffene Ortswahl im Unklaren bleibt. Savigny S. 230 macht einen Unterschied zwischen Feld und Haus und sagt, wenn ich wisse, wo ein Schatz in meinem Hause vergraben sei, so sei ich auch ohne Ausgraben Besitzer. Er versäumt hierbei, sich klar zu machen, in welchem Moment der Besitz dann erworben sein soll, ob als mir zuerst Jemand vom Schatze Nachricht gab, ob als ich mein Begehren nach demselben äußerte oder wann sonst. Bei der Ortswahl kommt es nicht darauf an, ob der gewählte Ort auf einem fremden oder eigenen Grundstücke sich befindet, in meo an in alieno condidissem und ob ich supra terram an infra terram die Sache locirt habe.

Die falsche Auffassung der custodia liegt sehr nahe, so lange man nicht den Thatbestand des Besitzes sich klar gemacht hat. Da dieser in einer ideellen Synthese zwischen Person und Sache besteht, welche man niemals direct wahrnehmen, sondern nur durch Schlüsse aus anderen Thatsachen construiren kann, so werden diese schlüssigen Thatsachen gewöhnlich als der Thatbestand des Besitzes gesetzt. Alsdann verliert man sich aber in das Unbestimmte und in das Unbestimmbare, denn was alles als Beweismittel dienen und in welchem Grade es überzeugend sein kann, läßt sich nicht begrenzen. In fr. 3. §. 13 de poss. giebt Paulus eine Art von Definition der custodia. Nerva filius res mobiles excepto homine quatenus sub custodia nostra sint hactenus possideri, id est quatenus, si velimus naturalem possessionem nancisci possimus: nam pecus simulatque aberraverit aut

*) fr. 44 pr. de poss.

vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia ejus sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.

Wenn wir überhaupt den Besitzwillen haben, dann geben wir der Sache eine solche Ortsbestimmung, daß unseren weiteren Verfügungen über dieselbe nicht von vornherein ein Hinderniß entgegensteht. Wir werfen unsere Kostbarkeiten nicht zur Aufbewahrung auf den Meeresgrund. So lange die Sache die von uns ihr gegebene Ortsbestimmung bewahrt, quatenus sub custodia nostra sint, besitzen wir. Der Besitz hört auf, sobald die Sache aus dem Causalitätsnexus mit unserem Besitzwillen heraustritt, si pecus aberravit aut vas excidit, mithin sobald die Sache in nicht von unserem Willen, sondern von dem Zufall oder von einem fremden Willen geleitete Bahnen hineintritt. Prägnant ist, daß dem Sclaven ein eigenwilliges Heraustreten aus der Abhängigkeit von unserem Willen unmöglich ist. Seine Bahn wird durch die Pflicht, den kategorischen Imperativ als bestimmt gedacht und dieses Band kann er nicht gleich der fera bestia quae in naturalem libertatem se recipit zerreißen. Bewahrt die Sache eine von unserem Willen abgeleitete Ortsbestimmung, zum Beispiel mein Diener hat ein Buch von mir an einen unrichtigen Platz gestellt, so daß ich es nicht finden kann, obgleich es in meiner Bibliothek also im Allgemeinen an dem ihm bestimmten Orte ist, so ist der Causalitätsnexus noch nicht gebrochen, so lange ich das durch die wirkliche Sachlage gerechtfertigte Vertrauen habe, das Buch bei sorgfältiger Nachforschung zu finden. Custodia ist mithin auch nach dieser Stelle die selbstverständlich verständige Bestimmung des Aufbewahrungsortes der Sache durch unseren Besitzwillen.

Wir wollen hieneben gleich den Fall des Besitzbeginnes betrachten, daß die Sache bislang schon besessen war und wir unter Nichtachtung des bestehenden Verhältnisses die Sache in unser Herrschaftsgebiet ziehen. Indessen soll hier nur von beweglichen Sachen die Rede sein, da die Lehre von der Dejection besser dem besonderen Abschnitte über die Eigenthümlichkeiten des Immobiliarbesitzes vorbehalten bleibt.

Der Besitzbeginn fällt hier zusammen mit dem Besitzverlust des Vorgängers. Wir thun deßhalb am besten chronologisch zu verfahren und den früheren Besitz bis zu dem Punkte zu verfolgen, in welchem wir ihn negiren müssen, weil ein Anderer Besitzer geworden ist.

Mein Besitz dauert so lange fort, als die Sache der von mir ihr gegebenen Ortsbestimmung folgt. Die Ortsveränderung der Sache in Folge einer fremden Willensbestimmung, welche den bestehenden die Prävention für sich habenden und deßhalb berechtigten Besitzwillen nicht respectirt oder nicht kennt, bricht den erforderlichen Causalnexus. Läßt man das Herrschaftsbewußtsein über diesen Punkt hinaus als ein berechtigtes dennoch fortdauern, dann giebt man damit dem früheren Besitzer auch über die Zeit hinaus, in welcher die Sache actuell von seiner Ortsbestimmung abhängt, das Recht der Selbsthülfe, das Recht die Sache anzuhalten, wo er sie gerade findet. Zu einer solchen Gestattung

der Redintegrirung einer durch Zufall oder Unrecht unterbrochenen Herrschaft durch die eigene Macht mußte das Recht eines willensstarken Volkes leicht gelangen. Wie kann Gewalt oder Zufall und Irrthum also ein rechtlich zu Negirendes oder Irrelevantes ein bestehendes Herrschaftsbewußtsein vernichten?

Daß die Römer so dachten, gehet aus der früheren Gestaltung des Interdictum Utrubi hervor. Utrubi fuit hic homo majore parte ejus anni, quominus is eum ducat vim fieri veto. Die Gewalt wird erst eine verbotene in dem Augenblicke, in welchem der Prätor sie untersagt, sonst brauchte er sie nicht zu untersagen. Bis zum prätorischen Einhaltsgebote ließ man die durch confligirende Herrschaftsvorstellungen veranlaßte Gewalt zusammenprallen, wog dann die Prätensionen gegen einander und gab der einen den Vorzug. Dieses Wägen geschah nicht nach der intensiven Güte, wie beim Uti Possidetis „Uter melius possideat", sondern nach der extensiven Güte „uter majore parte ejus anni possederit". Nach dem Augenblicke des Aufhörens der Ortsbestimmung auf der einen Seite und des Beginnens auf der anderen Seite wurde eine kritische Zeit eingeschaltet, in welcher beider des Verlierers und des Gewinners Besitzrecht in relativer Güte neben einander existirten, bis der Gewinner majore parte ejus anni possederat. Selbst in dem Falle der Tradition erlangte man nicht sofort den Interdictenschutz*). Durch die Anerkennung eines berechtigten Besitzwillens über die Zeit hinaus, daß derselbe im Causalnexus mit der Ortsbestimmung der Sache steht, wurde eine recuperatorische Wirkung des Interdictum Utrubi in noch höherem Maße geschaffen, als dem Interdictum Uti Possidetis zustand, denn letzteres holte doch nur dem Gegner den vitiösen Besitz ab, während das Utrubi jeden noch nicht durch die Zeit gekräftigten Besitz abruft. Die Selbsthülfe wird früher in dem einen wie in dem anderen Falle der recuperatorischen Wirkung einer Besitzverwirrungsklage zulässig gewesen sein. Nach dem Verbote der Selbsthülfe zum Zwecke der Wiedererlangung der thatsächlich eingebüßten Herrschaft über die Sache verliert das praejudicium de possessione, sofern es dennoch fortfährt recuperatorisch zu wirken seinen eigenthümlichen Charakter. Es wird insoweit zu einem auf einem hypothetischen Rechte basirenden Anspruch. Nicht ein gegenwärtiges Herrschaftsbewußtsein wird aufrecht erhalten, sondern es wird auf eine historische Thatsache, den Besitz majore parte anni bezüglich die Defection ein Anspruch gegründet. Durch einen solchen auf den Besitz majore parte anni gestützten Anspruch muß aber der Verkehr mit beweglichen Sachen außerordentlich erschwert werden; Niemand ist seines Besitzes sicher, bevor er nicht wenigstens sechs Monate besessen hat. Wann diese Erschwerung des Verkehrs fortgefallen ist, steht nicht fest, jedenfalls aber schon einige Zeit vor Justinian**). Durch die Ausgleichung des Utrubi mit dem Uti possidetis wurde der Erfolg herbeigeführt, daß sobald der Eine die Ortsverfügung verloren, der

*) Fragm. Vat. §. 311 fr. 11 §. 13 de act. emt.
**) Bruns Besitzklagen S. 175.

Andere dieselbe gewonnen hat, ein Wechsel des Besitzes vollzogen ist. Der Besitzwillen überdauert nicht die Lösung des Causalnexus zwischen Ortsschicksal der Sache und der Person und ebensoweit dauert das nothwendig den wahren Besitz begleitende Selbsthülferecht. Die recuperatorische Wirkung der interdicta retinendae possessionis, also die Erstreckung dieses Interdictenschutzes über die Zeit der Berechtigung der durch das Interdict nur zu unterstützenden Selbsthülfe enthält die Behandlung eines Anspruches ex hypothesi als praejudicium de possessione und ist zugelassen, da ein solcher Anspruch gegenüber der Präjudicialklage ein Plus ist.

Während nach der früheren Gestaltung des Utrubi der Besitzverwirrungsfall, daß zwei Leute ihre Behauptung „possideo" entgegensetzten, sehr häufig gewesen sein muß, da die Besitzrechte des Verlierers und Gewinners eine Zeit lang gleich zwei Strömen, von denen der eine beständig zu, der andere beständig abnimmt, neben einander her laufen, der Wechsel des Besitzes sich nicht in einem Momente, sondern in einer längeren kritischen Zeit vollzieht, so ist nachdem in fortschreitender Erkenntniß der Natur des Besitzrechtes*) die Prüfung auf die litis contestatae tempore bestehende Synthese zwischen Person und Sache gerichtet wurde, ein praejudicium de possessione, uter potius possideat bei Mobilien kaum noch denkbar. Eine Irrung von zwei Leuten darüber, auf wessen Willen die zeitige Ortsbestimmung einer Sache causal zu beziehen sein, kann kaum vorkommen, da dieselben die nämliche That ein Jeder sich zuschreiben müßte. Und wenn eine solche Irrung vorkomme sollte, dann wird sie nicht zur gerichtlichen Entscheidung kommen, nicht in dem Stadium des Kampfes vor Gericht gezogen werden, da der Kampf um die Sache bei Mobilien sich stets sofort erledigt durch den Obsieg des einen Theils. Vor dem Richter werden nur die durch die Vergangenheit gestalteten Rechte an den Sachen zur Discussion kommen, nicht der Conflict von zwei actuellen Herrschaftsvorstellungen. Auch die recuperatorische Seite des Utrubi, welche, wie wir später noch näher sehen werden, außerhalb der eigentlichen controversia de possessione liegt, kann nur selten in Anwendung kommen, da das zu beweisende vitium die Hypothesis für viel vortheilhaftere andere Klagen bildet. Einem Diebstahl giebt man nicht den milden Anstrich einer Besitzirrung.

Die genaue Feststellung des Momentes, in welchem der durch einen Eingriff in ein vorhandenes Besitzrecht sich vollziehende Besitzeswechsel bei Mobilien eintritt, hat somit nur ein geringes praktisches Interesse. Ein solches kann dann vorliegen, wenn die Dauer des Besitzes als Hypothesis eines Rechtes benutzt werden soll; von einiger Wichtigkeit ist auch, die zeitlichen Grenzen der Selbsthülfe genau zu erfassen. Wenn auch die Locomotion von Mobilien nur einen Augenblick in Anspruch nimmt, so drängt sich doch bei der Besitzentziehung der

*) Lenz S. 253 Note 2 redet von der Impotenz der kaiserlichen Gesetzgebung und verkennt völlig die in diesem Fortschritte liegende Entwicklung der Besitzesidee.

Besitzwechsel nicht in diesen Augenblick zusammen. Unser Herrschafts-bewußtsein wird dadurch noch nicht ausgelöscht, daß die Sache von einem Unbefugten von der Stelle gerückt wird. Solange die Orts-verfügung des Unbefugten über die Sache von dem Motiv geleitet wird, dieselben unserer Herrschaft zu entziehen, bildet dieselbe einen gegenwärtigen Angriff. Es schaltet sich hier eine kritische Zeit des Kampfes oder der Befürchtung des Kampfes ein, während deren einer-seits der Verlierende noch befugt ist gegen den mit der Wegschaffung der Sache beschäftigten Attentäter mit Selbsthülfe vorzugehen, anderer-seits dieser eine freie Ortsverfügung über die Sache noch nicht ausübt, sondern bei derselben lediglich von der Furcht vor dem Zusammenstoß und der Ueberwältigung geleitet wird. Je nachdem ich die Sache bei der Fortschaffung noch festhalte, oder die Fortschaffung sich vollendet, habe ich den Besitz entweder nie verloren oder schon im Augenblicke eingebüßt, als der Dieb die Sache behuf des Transportes von der Stelle bewegte. Die Perfection des Diebstahls mit letzterer Handlung steht fest; aber damit steht durchaus nicht fest, daß der Dieb von diesem Augenblicke interdicto superior sein würde. Der Besitzwechsel fällt nicht auf gleiche Weise in einem Zeitmoment zusammen, wie die Vollen-dung des Vergehens; letztere liegt in dem Anfangspunkte der kritischen Besitzwechselzeit. Der Anfang des Besitzrechtes des Diebes liegt jenseits des Momentes, in welchem die Ablationstheorie die Vollendung des Vergehens annimmt. Er liegt in einer Zeit, in welcher die verbreche-rische Zueignung eine erst zu erweisende Hypothesis bildet, nicht ein in thesi klares Unrecht.

---

§. 12. Tradition.

Der Besitz ist hier als ein Recht dargestellt worden. Hieraus könnte man folgern, daß die Besitzübergabe eine Rechtsabtretung sein müßte. Man muß sich zunächst klar werden, was unter Rechtsabtretung zu verstehen sei. Abtreten und übertragen sind von einer mechanischen Thätigkeit entlehnte bildliche Ausdrücke. Sie lassen schließen auf ein zu Uebertragendes, ein Object, welches auch ohne Subject selbstständig existirt. Das Recht wird verglichen mit einem Rocke, welchen der Eine auszieht und dem Anderen zum Anziehen übergiebt, welcher darum aber nicht weniger existirt, weil ihn der Eine ausgezogen, der Andere aber noch nicht angezogen hat. An der Existenz eines inzwischen an den Nagel gehängten Rockes kann man nicht zweifeln und die neuere höhere Jurisprudenz nimmt deßhalb an, daß das Recht nach Abtrennung von dem einen Subject, bevor der Nachfolger es angezogen hat, ein ganz vergnügtes Dasein führen könnte, wie der Schatten von Peter Schlemihl.

Was ein Recht sei, finden wir am leichtesten, wenn wir einen Berechtigten, zum Beispiel einen Eigenthümer, geistig seciren, denn in seinem Körper steckt jedenfalls das Ding nicht. Bei dieser Section finden wir erstlich das Bewußtsein von einem ihm bekannten Willensinhalte des Gewalthabers, welcher seinem Willen Schutz verleihen soll. Dieser Willensinhalt des Gewalthabers begreift die Gesetze über das Eigenthum, die Voraussetzungen, unter denen der Gewalthaber das Besitzenwollen des Einzelnen zu schützen verspricht. Alsdann finden wir in dem Eigenthümer die Vorstellung, daß eine Schutzprämisse in einer gewissen historischen Thatsache für ihn eingetreten ist, daß er die ihm ex justa causa tradirte Sache während der Usucapionszeit besessen hat, und den Willen von solcher Schutzverheißung Gebrauch zu machen. Weiter finden wir absolut nichts Relevantes, das Recht ist mithin Willen und Vorstellung. Willen und Vorstellung kann man nicht loslösen und übertragen; sie sind von Innen und von Außen verursachte Thätigkeiten des Subjectes.

Danach kann, wenn man von der Uebertragung eines Rechtes redet, dieser Ausdruck nicht dieselbe Bedeutung haben, wie wenn man von der Hinüberreichung einer Sache redet. Im letzteren Falle tritt die Sache aus einem räumlichen Verhältnisse in ein anderes, wird aber durch die Verhältnisse, in welche sie tritt, in ihrem objectiven Sein überall

nicht berührt; dieses sprachliche Bild ist ein schiefes für die Rechtsübertragung. Wenn aber auch das sprachliche Bild zu dem rechtlichen Begriffe in vielen Beziehungen nicht paßt, so sind doch nothwendiger Weise einige Beziehungen vorhanden, wegen deren der Ausdruck gewählt ist.

Wenn wir den Ausdruck Uebertragung auch nicht transitiv deuten können, so liegt in demselben doch, daß bei den Successionen in das Recht ein Beharrendes vorhanden ist. Dieses Beharrende ist die juristische Wirkung der Hypothesis. Wenn die Forderung cedirt wird, dann bleibt der Effect der Darlehnsgabe oder der Stipulation erhalten. Es ist nicht ein natürlicher Bestandtheil eines jeden Rechtes, daß der Berechtigte die sein Wollen und Vorstellen rechtfertigende Hypothesis für einen Dritten durch irgend einen Willensact wirksam machen kann. Der Gesetzgeber muß den Uebertragungsact als juristisch wirksame Thatsache anerkannt haben, welche in Anschluß an die ursprüngliche Hypothesis als fernere Hypothesis bewirkt, daß, wenn man nunmehr die Vergangenheit unter die Rechtsregeln subsummirt, das Recht des ersten Berechtigten erloschen und dasjenige des Nachfolgers begründet erscheint. Das zu Uebertragende ist mithin die Wirkung der juristischen Thatsache und man gebraucht diesen Ausdruck, sofern der Gesetzgeber einem Willensacte des Berechtigten den Effect dieser Bewegung in mero jure beigelegt hat.

Alles Vorhergesagte paßte nur auf die jura in hypothesi, nicht auf den Besitz. Das Recht des Besitzes ist nicht Reflex einer geschichtlichen Thatsache, sondern einer augenblicklichen Sachlage. Der Uebergang des Besitzrechtes von dem Einen auf den Andern kann deßhalb nicht durch Wirksammachung von in der Person des Tradenten eingetretenen Thatsachen für den Empfänger, sondern nur durch die Schaffung einer gegenwärtigen Sachlage geschehen, welche den Empfänger zum Besitzer macht. Diese Sachlage, die Causalität unseres Besitzwillens zu der Ortsbestimmung der Sache, muß ein jeder Besitzer sich selbst schaffen; er ist der Schöpfer seines eigenen Rechtes. Ein Dritter, der Tradent, kann nur das Hinderniß hinwegräumen, welches der Conception des Herrschaftswillens an einer schon besessenen Sache entgegensteht. Durch die Besitzesübergabe wird keine in der Vergangenheit des Tradenten liegende juristische Thatsache für den Empfänger nützlich oder schädlich gemacht. Weder die Thatsache der gewaltsamen Besitzeserlangung, noch auch die Thatsache der Usucapion des Tradenten werden durch die nuda traditio in ihren Wirkungen auf den Empfänger erstreckt.

Hieraus folgt, daß die reine Besitzesübergabe kein Negotium ist, das heißt kein Willensact ist, welcher über seine natürlichen Folgen hinausgehende juristische Folgen hätte. Sie ist ein bloßes Geschehen. Der Causalitätsnexus zwischen dem Willen der einen Person und der Sache erlischt und wird neu hergestellt in Beziehung auf den Willen einer anderen Person. Von den übrigen Besitzerwerben unterscheidet sich die Tradition nur dadurch, daß die Hinüberleitung der Sache aus einem Causalitätsnexus in den anderen ohne Kampf geschieht, daß die

Kräfte, welche bisher die Sache regiert, seien sie elementar oder gehören sie Menschen an, nicht zuvor gebrochen werden müssen, sondern, daß der Besitzeswechsel vom Tradenten und vom Empfänger gewollt wird. Die veränderte Sachlage wirft alsdann neue rechtliche Reflexe.

Die Menschen wollen nun aber nicht den Besitzeswechsel als Endzweck, sondern die nuda traditio wird stets begleitet von einer Willensvereinigung bezüglich der mit ihr beabsichtigten Folgen. Ganz allein für sich genommen ist die nuda traditio, das mit einer Neuconception des Herrschaftswillens Seitens des Erwerbers in Beziehung stehende Weichen des bisherigen Besitzers, keine juristische Thatsache, keine Hypothesis, welche irgend welche Rechte gestaltete. Sie ist nur ein mechanisches Ereigniß, eine Veränderung der Attractionsverhältnisse zwischen Personen und Sachen. Aus dem einen Herrschaftskreise wird die Sache hinausgestoßen und in den anderen aufgenommen. Wir können die verschiedenen besitzenden Personen mit anziehenden Körpern vergleichen, deren attractive Kraft ortsbestimmend auf die Trabanten wirkt. Nur ist die attractive Kraft hier der bewußte Willen und bemißt sich in Vergleich mit confligirenden Willen nicht nach der zu Gebote stehenden physischen Gewalt, sondern nach dem Rechtsschutze des melius possidentis. Bruns begeht den Fehler, den nackten Besitzwechsel als Condictionsgrund aufzustellen. Die bloße Verschiebung im Raume wird dann zu einer relevanten juristischen Thatsache gemacht. Der gewaltsame Besitzwechsel, die vis facta possidenti, enthält allein für sich genommen einen Rechtserzeugungsgrund, weil ein zu sühnendes Unrecht durch denselben in die Welt kommt. Der consensuale Besitzeswechsel ist eine ohne Reibung und Rechtsverletzung sich vollziehende Bewegung, hinterläßt deßhalb keinen eine Ausgleichung heischenden Rechtsanspruch, sobald sie nicht von einem rechtlichen Wollen begleitet ist, welches über sie hinaus rechtliche Folgen anstrebt und nicht in ihr allein seinen Zweck und sein Ende findet. Im letzteren Falle bildet der Besitzübergang einen integrirenden Bestandtheil von gewissen Rechtshypothesen. Bei der Feststellung dieser Rechtshypothesen fragt man deßhalb auch immer, ob Besitz übergegangen sei. Aber nur die Bejahung der den Besitzeswechsel einschließenden Rechtshypothese enthält einen zweifellosen Werth für die Besitzlehre, bei der Verneinung kann der Grund derselben, da die Hypothese weitere Bestandtheile hat, als den Besitzwechsel, auch anderswo zu suchen sein.

Die beiden Rechtsbasen, in denen die Besitzübertragung eine Rolle spielt, sind der Eigenthumsübertragungsvertrag und der Realcontract, und zwar in dem ersteren spielt sie eine so bedeutende Rolle, daß sie mit demselben zuweilen*) identificirt wird.

Mit dem consensualen Besitzeswechsel ist der Uebergang des dinglichen Rechtes des Tradenten auf den Empfänger durchaus nicht nothwendig verbunden. Bei der Eigenthumstradition geht die Absicht der That dahin, alle dem dinglichen Rechte des Tradenten zur Grundlage dienenden juristischen Thatsachen, die früheren Traditionen, Usucapionen,

---

*) So Lenz S. 57.

Adjudicationen, überhaupt alle das dingliche Recht an der Sache bestimmenden Umstände durch die ganze Reihe der Antecessoren für den Empfänger wirksam zu machen. Die Kraft, diese juristischen Consequenzen der Vergangenheit von einem Subjecte auf ein anderes Subject hinüberzuleiten, wohnt nicht dem Privatwillen bei und ist auch nicht natürliche Folge irgend eines Besitzeswechsels. Bei dem Eigenthumsübergange gehet eine Bewegung in mero jure vor sich. Eine Bewegung in mero jure kann nur aus einem Acte folgen, welchem das Gesetz ausdrücklich diese Wirkung beigelegt hat. Durch den Eigenthumsübertragungsact wird die ideelle Wirkung einer unendlichen Menge von juristischen Thatsachen von dem einen Subject auf ein anderes übertragen, eine Kette von Rechtshypothesen erhält durch Hinzutritt einer neuen Hypothesis eine anderweite subjective Beziehung.

Diese neue Hypothesis ist kein bloßer Vertrag wie die Cession. Dominia rerum traditionibus et usucapionibus non nudis pactis transferuntur. Diese Bestimmung des römischen Rechtes ist eine positive und ihr Zweck unschwer zu entdecken. Die Vindicationsbefugniß des Eigenthümers gegen jeden Besitzer stempelt allen Besitz eines Nichteigenthümers zum Unrecht; eine solche Qualificirung hat aber die Voraussetzung, daß ein Jeder den wahren Eigenthümer bei dem Erwerbe der Sache erkennen könne: die harte Auflage, daß man bei jedem Erwerbe die Legitimation des Autors prüfen müsse, würde nun aber noch viel härter werden, wenn eine so unscheinbare Thatsache, wie ein Vertrag, den Eigenthumsübergang herbeiführte. Solchen Wechseln in der Person des legitimen Herrn der Sache könnte auch mit der größesten Sorgfalt nicht gefolgt werden. Der Besitzwechsel ist dagegen eine Thatsache, welche sich doch wenigstens mit etwas größerer Deutlichkeit historisch eingravirt, wenn auch im constitutum possessorium diese Deutlichkeit wieder bedeutend sinkt und der Unersichtlichkeit eines Vertrages nahe kommt. Man forderte deßhalb zum Eigenthumsübergange wenigstens das etwas constatirbarere Geschehen der Besitzeinräumung. Die Synthese zwischen Eigenthümer und gutgläubigem Besitzer, nach welcher dem Ersteren ein Herausgabeanspruch zusteht, muß auf ein Verschulden des Letzteren zurückgeführt werden. Durch die Fesselung an die Besitzübertragung wird die Bahn, welche das Eigenthum durchläuft, etwas klarer und öffentlicher gemacht, der Inbesitznahme fremder Sachen mit Ignorirung des legitimen Herrn ein Verschulden eher beigemessen werden können. Ein fernerer Grund dafür, daß man Eigenthum nicht durch Vertrag übergehen ließ, liegt darin, daß der Willen des Uebertragenden, welcher gleich wohl fortfährt zu besitzen, ein unvollständiger und unverständlicher ist ohne constitutum possessorium. Es liegt ein Widerspruch darin, wenn ich mein Privilegium auf die Verfügung über die Sache übertrage und dennoch einstweilen die Verfügung behalte, also gleichzeitig ein Recht schaffen und verletzen würde. Dieser Grund trifft aber nur in dem Falle zu, daß der Veräußerer besitzt und würde in dem Falle des Nichtbesitzes kein Hinderniß bilden, in der Vindicationscession eine Eigenthumsübertragung zu finden, während doch auch hier

der Eigenthumsübergang auf den Moment verlegt ist, in welchem der Empfänger den Besitz erlangt.

Die Rolle, welche die Besitzübertragung in dem vertragsmäßigen Eigenthumsübergange spielt, ist hiernach klar. Die Willenserklärung allein kann nicht die für den Tradenten wirksame Rechtshypothesis für den Empfänger wirksam machen; der Willen muß bis zu der an der Sache vollzogenen That fortschreiten und kann nur der vollendeten Thatsache des Wechsels im Causalzusammenhange des Orts der Sache mit dem Willen der Person die Wirkung des Eigenthumsübergangs beilegen.

Der auf die Erreichung eines ideellen in mero jure bestehenden Zwecks gerichtete Willen kommt zu seinem Ziele, voluntas domini volentis rem suam in alium transferre rata habetur, wenn nur in beiden Köpfen des Tradenten und Accipienten die identische Vorstellung über den hervorzurufenden Rechtseffect steckt. Diese Identität findet statt, falls über das Subject des zu übertragenden Rechtes, dieses Recht selbst und die Person des Empfängers Uebereinstimmung herrscht. Eine weitere Consonanz der Vorstellungen über den durch den Eigenthumsübergang zu erreichenden Zweck, die justa causa tradendi, ist nicht erforderlich.

Wir kommen hier zu der Betrachtung der Folgen des Irrthums und einer hinzugefügten Bedingung. Die Verschiedenheit dieser Folgen in Beziehung auf die Eigenthumsübertragung und in Beziehung auf den Besitzwechsel werden dazu dienen, die Natur beider Rechte in ein besonders klares Licht zu setzen.

Bezüglich der Wirkungen des Irrthums ist eine besondere Untersuchung nothwendig, da die gangbare Lehre in vielen Punkten unhaltbar und unklar ist. Causa finalis movet secundum suum esse cognitum. Unsere Kenntniß von der Welt und von uns selbst ist eine sehr mangelhafte, unser Leben ein Ringen nach Wahrheit. Soweit uns mit der Wirklichkeit nicht congruente Vorstellungen leiten, gehen wir einen Weg, den wir sonst nicht gehen würden. Bei vollkommener Erkenntniß und Lucidität unseres idealen Selbstzweckes würde der Weg, den wir wandeln, ein festbestimmter sein, wie die Bahn des Planeten. Die ideale Freiheit fällt mit der Nothwendigkeit zusammen, aus ihrem Begriffe heraus negiren wir die Freiheit unseres stets durch Irrthum beeinflußten Handelns. Die praktische Freiheit liegt hingegen darin, daß wir unseren Weg suchen und nicht ihn schauen. In dem Zweifel liegt das Gefühl der Freiheit, in der Nichtklarheit der Causalität unseres Handelns, in dem Scheine, daß die Ungewißheit, wie wir im nächsten Momente handeln werden, von einer sich selbst erzeugenden Kraft, die nicht Folge und Fortsetzung früherer Kräfte ist, werde beseitigt werden.

Den Kampf gegen den Irrthum in den den Willen determinirenden Motiven überläßt das Recht den Einzelnen. Einer Handlung werden nicht blos deßhalb ihre rechtlichen Folgen genommen, weil unrichtige Anschauungen den Handelnden determinirt haben. Soweit man nicht geisteskrank und damit unfähig zum Kampf gegen den Irrthum ist, muß man seine That als ächtes und eigenes Kind anerkennen und kann nicht die Folgen von sich abwälzen, weil man unverständig ge-

handelt hat. Selbst wenn man die Freiheit in die Nichtkenntniß der Causalität unseres Handelns setzt, mithin als ein trügerisches Gefühl erkennt und in Wirklichkeit Causalität annimmt, verliert die rechtliche Zurechnung nicht ihren Boden. Sie verliert nur das Gefühl der Entrüstung und des Hasses gegen das Unrecht, tout comprendre c'est tout pardonner, bleibt aber ein nothwendiger Mitfactor zur Erreichung einer rechtlichen Ordnung.

Fassen wir die Fälle zusammen, in denen das Recht dennoch die Nichtcongruenz der determinirenden Vorstellungen — Savigny's unächten Irrthum System III. S. 112. 304 — eine Modificirung der gewöhnlichen Folgen der Handlung herbeiführen läßt, dann finden wir, daß ein besonderer Grund, nicht der unächte Irrthum allein, diese Behandlungsweise herbeiführt. Dieser besondere Grund ist nicht mit Brinz Pandecten S. 1409 in der Causalität der unrichtigen Vorstellung mit der Handlung zu setzen, denn wenn die Causalität zweifelhaft bleibt, wenn die gekaufte Antike ihren Werth weit mehr in Form und Ursprung als in der falsch vorgestellten Substanz hat, versteht es sich ganz von selbst, daß eine vielleicht gar nicht mitgewirkt habende unrichtige Vorstellung ein rechtlich gleichgültiger Umstand ist. Brinz kann nur eine besonders klare nicht in der individuellen Denkweise begründete Causalität meinen. Diese Klarheit kann aber nicht als ein Grund zur Ausnahme angesehen werden.

Es muß Anlaß zu einer besonderen Nachsicht vorliegen. Soweit der Kampf gegen den Irrthum ganz unsere eigene Sache ist, kann Dritten gegenüber ein Unterliegen in diesem Kampfe uns nicht befreien, es sei denn, daß diese Dritten durch eine Handlung oder Unterlassung unser Unterliegen mit verschuldet haben*). Die in integrum restitutio kann hieneben ausnahmsweise Nachsicht gewähren. Für die Fälle, in welchen ein Dritter pflichtwidrig den determinirenden Irrthum hervorgerufen oder die Aufklärung unterlassen hat, ist sie indeß zu ordentlichen in rem restituirenden Rechtsbehelfen geworden.

Einen von diesen zu einem ordentlichen Rechtsbehelfe gewordenen Restitutionsfällen hat man bisher als solchen nicht erkannt und diesen Fall entweder, wie Windscheid und Savigny unter die Fälle des den Willen ausschließenden Irrthums subsummirt, oder wie Brinz den Grund der Ausnahmsbehandlung nicht erkannt und begränzt. Ich meine das Recht des in substantia irrenden Käufers auf Aufhebung des Kaufes.

Es muß auffallen, daß in allen Pandectenstellen, welche von dem error in substantia reden, der Käufer zu seinem Nachtheile sich irrt und acetum pro vino, aes pro auro, plumbum pro argento, massa argento coperta pro argento puro,

*) Nebenher erwähne ich der Correctur der in Folge eines Irrthums getroffenen letztwilligen Verfügungen durch das Gesetz, welche ex favore ultimi judicii eintritt, um Unverständigkeiten zu berichtigen, welche zu berichtigen der dazwischen getretene Tode dem Defunctus verhindert hat.

vestimenta interpola pro novis, mensas citreas*), quae non sunt erhandelt. Nur zu Gunsten des Käufers wird der Kauf für nicht zu Recht bestehend erklärt. Es liegt hier sehr nahe, an das „palam pronuntianto“ des Aedilitischen Edicts sich zu erinnern und die Behandlung des error in substantia als eine eigenthümliche für den Kauf zu erkennen. Die Möglichkeit des Irrthums ist eine weit größere bei dem mit der Sache unbekannten Käufer als bei dem Verkäufer, und wenn dieser auch ohne Arglist handelt, so wird ihm doch die Nichtaufklärung des Käufers über die wesentlichen Verkehrseigenschaften der Sache, deren Function als Beweggrund für den Letzteren allgemein klar und nicht blos subjectiv zufällig ist, insoweit angerechnet, als er eine nachfolgende Rectification des Willens des Käufers sich gefallen lassen muß. Von einem vom Verkäufer geltend zu machenden error in substantia steht nirgends etwas geschrieben. Kommt dieser durch Unkenntniß einer auf den Werth einflußreichen Eigenschaft der Sache in Schaden, dann muß er sich auf juvenilis levitas oder einen sonstigen Restitutionsgrund berufen. Die Restitutionsgründe thun eine Unbilligkeit dar, den in dem Kampfe gegen den Irrthum durch persönliche Verhältnisse oder auch wohl durch eine concrete Sachlage ungünstig Gestellten einem besser ausgerüsteten Gegner gegenüber in Nachtheil kommen zu lassen. Im Allgemeinen läßt das männlich denkende römische Recht die Willensdetermination zur That auf eigene Gefahr und Kosten des Handelnden vor sich gehen, nur in besonderen Fällen wird dem unverschuldet Strauchelnden eine ausnahmsweise Gnadenhülfe durch den Richter gewährt. Von der Trübung der Willensfabrikation durch die Unvollkommenheit der Erkenntniß ist der Fall gänzlich zu trennen, in welchem nach Ausspruch der Quellen errantis nulla voluntas est.

Die Determination des Willens tritt aus dem Stadium der cogitatio heraus durch eine Wirkung des Idealen auf das Reale, das heißt durch eine Bewegung des Körpers, mag dieselbe in einem Sprechen, Schreiben, Nicken, Hinreichen bestehen. Diese Bewegung bildet den einzigen Schlüssel zur Ermittelung dessen, was gleichzeitig im Kopfe vor sich ging; nur zu ihrer Interpretation werden Umstände und Antecedentien herbeigezogen. Die vom Centralorgan aus ins Werk gesetzte Bewegung kann man niemals als die eigene That ableugnen; hat sich ein Anderer unseres Körpers bemächtigt und führt unsere Hand, dann liegt keine Bewegung, sondern ein Bewegtwerden vor. Aber die bloße Bewegung bringt niemals Rechtsfolgen hervor. Damit eine Handlung rechtlich wirksam sich erweise — Delict oder Rechtsgeschäft — müssen in ihr gewisse Vorstellungen in die Wirklichkeit übersetzt werden. In dem Rechtsgeschäfte sind Willen und Ausdruck von einander untrennbare Dinge. Der Willen ist nur vorhanden und wirkt nur, soweit er zur That geworden und die äußere That, die Bewegung, zieht ihre rechtliche Relevanz aus ihrer Schlüssigkeit für den Willen. Das bloße propositum hat nur eine ausnahmsweise Wirkung für die ademtio legati und die

*) Citrusholz zu Tischen verwendet war eine besondere Liebhaberei der Römer. Friedlaender, Sittengeschichte Roms Bd. 3. S. 87. Die Lesart der Vulgata „emtionem non esse“ in fr. 21. §. 2 de A. E. V. verdient deßhalb den Vorzug.

Transmission der querela inofficiosi, falls der Tod vor die Ausführung getreten ist. Der Willen des Verstorbenen wird hier künstlich jenseits seines Todes zur Determination gebracht.

Die Ursache der Rechtsfolgen ist mithin ein bestimmter zur That gewordener Willensinhalt. Während das Vorhandensein unrichtiger den Willen determinirender Vorstellungen allein dem Handelnden nicht erlaubt, seine That zu verleugnen, so kann er doch dasjenige, was als That aus seinen Worten und Werken construirt wird, ablehnen, wenn bei der Willensdetermination diejenigen Vorstellungen ihm fehlten, welche zum Bestande gerade dieser That gehören. Liefert in diesem Falle seine äußere Handlungsweise an und für sich hinreichenden Beweis für die innere Seite, dann ist die Schlüssigkeit dieses Beweises durch einen Gegenbeweis zu beseitigen. Dieser Gegenbeweis kann durch die verschiedensten Umstände erbracht werden. Insbesondere ist es klar, daß, wenn man eine unrichtige Vorstellung bei der Determination des Willens hatte, man die zum Thatbestand erforderliche richtige nicht gehabt hat. Der Nachweis eines Irrthums kann die Annahme des erforderlichen Wollens mithin insofern ausschließen, als er darthut, daß eine mit ihm unvereinbare Vorstellung, die zum Willensinhalt gehört, nicht vorhanden sein konnte. Der Irrthum ist in diesem Falle nicht das Motiv der Willensdetermination, sondern erbringt den Beweis, daß dieselbe nicht stattgefunden hat. Die That braucht nicht unbewußt und willenlos zu geschehen; sie kann mit dem klarsten Bewußtsein geschehen und nur in Folge des Irrthums als eine andere erscheinen, wie die äußere Handlung vermuthen ließ.

Wenden wir nun die gefundenen Grundsätze auf den Eigenthumsübergabevertrag und auf die Besitzübertragung an.

Der Willensinhalt bei der Eigenthumsübertragung geht dahin, daß die Wirkung gewisser Erwerbsthatsachen, welche das dingliche Recht des Autors und dessen Autoren begründen, auf den Erwerber übertragen werden sollen. Dieser gemeinsame Willensinhalt der Paciscenten muß, wenn der Vertrag erfolglos sein soll, durch den Irrthum als nicht vorhanden nachgewiesen werden. Man beachte hier wohl, daß das Object des Vertrages nicht die Sache, sondern das Recht an der Sache ist. Bei einer Willenserklärung, in welcher einer Sache (oder einer Person) gedacht wird, kann eine unrichtige, das heißt mit der verständigen Interpretation der Erklärung nicht übereinstimmende Vorstellung einer anderen Sache nur obwalten, wenn irgend eine Bezeichnung für die Sache gewählt wird, nicht aber, wenn der Erklärende auf die in seiner Gegenwart befindliche Sache direct hinweiset, und mithin ein unmittelbar räumlich bestimmtes Object vorliegt. Alle Bezeichnungen specieller Sachen haben die Bedeutung, daß sie dieselben im Raume finden lassen. Die Identität der Körper wird durch ihre Lage im Raume bestimmt. An derselben Stelle können nicht zwei Körper zu gleicher Zeit sein. Hieraus folgt, daß, wenn der Erklärende auf die gegenwärtigen Körper hinweiset, deren räumliches Verhältniß bestimmt, er wohl eine von der Ansicht der Gegenpartei verschiedene Ansicht über die Beschaffenheit der Sache haben kann, aber nicht über die Identität. Hat

er zwei ähnlich aussehende oder als blinder Isaak zwei ähnlich anzufühlende Körper verwechselt und dann über den gewiesenen Körper Verfügung getroffen, so ist diese Verfügung nicht etwa ungewollt, sondern auf ein falsches Motiv hin gewollt. Als Isaak den Jacob segnete beging er, wie Brinz ganz richtig bemerkt, einen error in substantia. Wenn in dem Falle des fr. 22. de V. O.*) der Promittent zwei Schaalen besaß, eine von Gold und eine andere vielleicht von vergoldetem Erz, welche dem Promissar bekannt waren, und wenn der Promissar an die goldene Schaale dachte, während ihm die eherne gewiesen wurde — das pronomen demonstrativum „id" bekundet das Zeigen der Sache — dann findet dessenohngeachtet kein error in corpore statt, sondern Irrthum in den Motiven, und es hängt die Zulässigkeit der Geltendmachung des Irrthums alsdann davon ab, ob der Promittent sich einer auf den Irrenden einflußreichen Handlung oder Unterlassung schuldig gemacht hat.

Man sollte danach denken, daß, wenn der Eigenthumstradent an eine bestimmte Sache denkt, zum Beispiel an seine goldene Schaale, und seine eherne Schaale hinreicht, auch nur Irrthum in den Motiven, also nicht Nichtigkeit des Vertrages stattfinde. Die juristische Intuition macht indessen die Nichtigkeit von vornherein klar. Der Grund liegt darin, daß die juristische Wirkung von gewissen Hypothesen, traditio ex justa causa, Usucapion ꝛc. Gegenstand des Rechtsgeschäftes ist, daß mithin, wenn man auch dieses räumlich individualisirte Object, welches man mit einem anderen verwechselt hat, übergeben will, man damit nicht über das das übergebene Object betreffende Rechtsschicksal zu disponiren im Sinn hat.

Das übergebene Object kann zum Beispiel nur geliehen und deßhalb offenbar der animus transferendi dominii ausgeschlossen sein. Der Besitzübertragungswillen fällt mit dem Rechtsübertragungswillen auseinander und letzterer, wenn auch nicht ersterer, fehlt, wenn eine verwechselte Sache übergeben wird. Bei der Eigenthumsübertragung hat der Tradent eine bestimmte rechtliche Synthese zwischen seiner Person und einer Sache im Auge, der Promittent dagegen die Sache selbst, welche er, gleichviel in welcher rechtlichen Synthese er zur Zeit zu derselben stehe, in eine solche Synthese mit dem Promissar zu bringen verspricht.

Bei der Besitzübergabe bildet der animus transferendae possessionis nicht das Fundament, sondern nur die Gelegenheit zur Conception des gegentheiligen nicht vitiösen Herrschaftsbewußtseins. Nicht ein consensueller Willensact wird zur lex privata erhoben und bewirkt eine Veränderung im Rechte, sondern die Sachlage wird mit beiderseitigem Einverständniß, also ohne Kampf verändert; die Sache tritt in ihrer Ortsbestimmung außer Zusammenhang mit dem Willen des Tradenten und in Causalnexus mit dem Willen des Empfängers. Ein für den Besitzerwerb einflußreicher Irrthum ist nur denkbar, wenn die Parteien nicht in Gegenwart der Sache und nicht mit unmittelbarem Hinweis auf

*) Si id quod aurum putabam, quum aes esset, stipulatus de te fuero teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus.

die Sache übereingekommen sind, daß der Empfänger zu der Sache hingehen und die Ortsverfügung übernehmen solle. Und zwar ist ein solcher Einfluß nur denkbar bei unbeweglichen Sachen. Bei beweglichen Sachen ist mit der Locomotion und Ablation des Empfängers, auch wenn derselbe die Anweisung zum Holen der Sache auf eine andere Sache bezog, als der Tradent, der Besitzwechsel vollendet und hat derselbe die Qualität weder eines consensuellen noch vitiösen, sondern eines zufälligen.

Bei unbeweglichen Sachen dagegen giebt es keine Herstellung eines Causalnexus durch eine körperliche Einwirkung, welche, wie die Ablation bei Mobilien den bisherigen Causalnexus mit Nothwendigkeit löset. Gehet der missus auf ein anderes Grundstück, als welches der mittens im Sinne hatte, dann entstehet ein Besitzverwirrungsfall, in welchem der Letztere bis zu dem Zeitpunkte, daß er die Verwechselung erfährt und nicht alsbald einschreitet oder bei seinem Einschreiten mit Gewalt zurückgewiesen wird, die Oberhand bewahrt.

Die missio ist nicht ein sofortiges Aufgeben, ein animo deponere et mutare possessionem, sondern nur eine Klarlegung des Willenszustandes, nach welchem das Herrschaftsbewußtsein einstweilen fortbesteht, eine Aneignung des Empfängers aber als im voraus genehmigt und deßhalb nicht rechtsverletzend anerkannt wird. Die missio bindet den mittens in keiner Weise, er kann seinen Willen in jedem Augenblicke ändern, bis er auf das inzwischen entstandene Herrschaftsbewußtsein des missus stößt.

Von einem Mißverständnisse bei der missio redet fr. 34 de poss. Das zu übergebende Grundstück muß hier zwischen den Betheiligten nach einem Merkmal bezeichnet sein, welches dieselben auf verschiedene Grundstücke den fundus Cornelianus*) und Sempronianus bezogen haben. Der missus geht zur Besitzergreifung aus und kommt nicht zu dem Grundstücke, an welches er bei der missio dachte, sondern zu demjenigen, an welches der mittens dachte. Dieser Fall ist nur denkbar, wenn die Vorstellung des missus nicht klar auf ein räumlich bestimmtes Grundstück hinleitete. Er hat vielleicht gehört, daß der mittens ein gewisses Grundstück von gerühmter Qualität geerbt hat, die bei der missio gewählte Bezeichnung paßt auch auf dieses Grundstück und er wünscht dasselbe zu erwerben. Das betretene Grundstück hält er irrthümlich für den von ihm im Sinn gehabten fundus hereditarius und will dasselbe besitzen. Sein Irrthum mißt dem Grundstücke gewisse Qualitäten bei, läßt deßhalb den Besitzwillen nicht negiren, sondern motivirt denselben.

---

*) Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quoniam autem in corpore non consenserimus, an a te tamen recedat possessio? quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo acquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem acquirere, ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione.

Ulpian sagt „non puto errantem acquirere“. Wenn man diesen Ausspruch als eine Verneinung des Besitzwechsels und nicht, wovon später die Rede sein wird, als eine Verneinung des Vermögenswechsels — Condicirbarkeit des Besitzes — ansiehet, dann liegt ein Denkfehler vor. Der Grund, weßhalb der missus bei einem Mißverständniß über das Object an dem von ihm apprehendirten, vom mittens nicht gemeinten Grundstück diesem gegenüber keinen Besitz erwirbt, liegt in der animo retentio possessionis, welche den, sei es heimlich, sei es auch nur ohne Wissen des Besitzers eingedrungenen Besitzrivalen im Besitzverwirrungsstreite unterliegen läßt, nicht aber in einem Mangel des Besitzwillens beim missus. Zur Veranschaulichung denke man sich den Fall, daß ein Dritter den missus aus dem mit Besitzwillen betretenen Grundstücke hinauswürfe. Sollte derselbe sagen dürfen „vim feci non possidenti“, falls er etwa im Stande ist, das wahre Sachverhältniß klar zu legen? Die Erkenntniß des Mißverständnisses kann den missus späterhin ebenso zur Aufgebung des Besitzes bestimmen, wie der Irrthum ihn zur Ergreifung bewog, einstweilen aber will er besitzen, eben weil er irrt. Wenn der mittens nach erlangter Kenntniß von dem Mißverständniß gegen den missus die Besitzcontroverse erhebt, dann kann er in unserem Falle nicht siegen, weil die Occupation desjenigen Grundstückes, zu dessen Tradition er bereit war, vermöge einer Unklarheit in den Vorstellungen des missus nicht zu einem Besitzunrecht werden kann.

Als Resultat haben wir mithin festzuhalten, daß es bei dem Besitzerwerb einen den Besitzwillen ausschließenden Irrthum nicht giebt. Wenn der Thatbestand des Besitzes die Causalität zwischen der Ortsbestimmung der Sache und unserem Willen vorhanden ist, dann ist eine räumlich bestimmte Sache gegeben, bezüglich dieser aber nur ein error de qualitate denkbar. Der Irrthum über die Traditionsbereitschaft des mittens negirt nicht den Besitzwillen, aber nimmt dem Besitz gegenüber dem fortbeharrenden Herrschaftsbewußsein des Entsenders seine Güte.

Von dem Irrthum komme ich zu der Bedingung um hier ebenfalls durch Vergleichung der Wirkung derselben bei der Eigenthumsübertragung die Wirkung bei der Besitzübertragung festzustellen. Auch hier gehen wir von dem Satze aus „causa finalis movet secundum suum esse cognitum“. Wenn wir vor der Determination des Willens über etwas in Ungewißheit sind, dessen Gewißheit unser Intellect vor dem Uebergange zum Handeln erfordert — begnügt er sich mit einer Wahrscheinlichkeit, dann handeln wir in der Hoffnung — dann determinirt sich unser Willen eben nicht.

Dies gilt auch, wenn die That, zu welcher der Willen sich determiniren soll, ein Rechtsgeschäft ist. Die Schaffung der idealen rechtlichen Folgen durch die consensuelle oder einseitige Willenserklärung muß unbedingt gewollt werden. Wenn der Erklärende seinen Entschluß zu der folgenreichen Erklärung von einer erst zu erlangenden Erkenntniß abhängig macht, dann sagt er nur aus, wie er künftig vielleicht einmal wollen wird. Hieraus folgt, daß die Bedingung nicht den rechtser-

zeugenden Willen in Frage stellt, sondern nur das, was gewollt, und durch die Erklärung des Willens als rechtliche Folge desselben ins Leben gerufen wird, gestaltet.

Um das Wesen der Bedingung zu ergründen, müssen wir das natürliche Geschehen, den Causalnexus des Lebens, mit dem juristischen Geschehen, der Bewegung in mero jure als Folge einer Willenserklärung vergleichen. Bei dem ersteren bestimmt die Sachlage eines jeden dahinfliehenden Momentes die Sachlage in dem nächsten Momente. Alles, was in der Zukunft liegt, kann auf die Gegenwart ebensowenig gestaltend einwirken, als das unterhalb des Baches stehende Lamm dem oberhalb stehenden Wolfe das Wasser zu trüben vermag. In jedem Augenblicke determinirt sich das Geschehen in objectiv gewisser und unabänderlicher Weise, das pfeilschnell dahin fliehende Jetzt wird zur ewig stillstehenden Vergangenheit. Eine Pendenz des lebendigen Herzschlages ist keinen Moment möglich, man kann die Pferde nicht mit wenn und aber füttern.

Demgegenüber wird die juristische Wirkung, zum Beispiel der Eigenthumsübergang auch für die Zeit zwischen Rechtsgeschäft und Eintritt oder Verfehlung der Bedingung von einem künftigen Geschehen rückwärts regulirt. Wenn die ideale Rechtsfolge ein reales Dasein in Raum und Zeit hätte, dann wäre eine solche Rückbeziehung undenkbar. Es bleibt hier jedoch das Räthsel zu lösen, wie bei Setzung einer Bedingung die Rechtsfolge auch schon vor Eintritt der Bedingung als gewollt angesehen werden, das Wollen von dem Wissen sich emancipiren und das cognitum esse hinter der Determination des Willens liegen kann. Wenn Jemand eine Willenserklärung unter Beifügung einer Bedingung abgiebt, dann ist der erklärte Willen die Ursache der Rechtsfolgen und es kommt darauf an zu ermitteln, welcher Willensinhalt als erklärt zu gelten hat. Es könnte zunächst scheinen, als wenn die Beifügung der Bedingung mit der Erklärung eines gegenwärtigen Willensinhaltes unvereinbar wäre; das nur in der That sich manifestirende Wollen kann keinen unbestimmten Inhalt haben; so lange es noch zwischen mehreren Alternativen schwankt und eine vorherige Aufklärung abwarten möchte, bleibt es im Stadium der Cogitation. Derjenige, welcher sich bedingt erklärt, judicirt hypothetisch über seinen Willen. Solche Erklärung wird indessen um deswillen nicht als Schilderung einer Cogitation, als unverbindliche Prophezeiung der demnächstigen Determination aufgefaßt, weil die Willenserklärung selbst eine That ist, zufolge welcher als gewollt dasjenige gilt, was als gewollt angegeben ist. Die Erklärung ist nicht Schilderung eines inneren Zustandes, sondern eine Verfügung darüber, was als Willen gelten soll. Hieraus folgt, daß die Existenz des Willens, das Gewollthaben niemals in Frage steht, nur der Inhalt der Willenserklärung kann sich ex post facto auf Null reduciren.

Der aus dem hypothetischen Urtheil zu entnehmende Willensinhalt wird durch die Erklärung zur lex privata unter den Betheiligten erhoben. Die unbedingte Willenserklärung unterscheidet sich von der bedingten dadurch, daß bei der ersteren das zu Verwirklichende direct angegeben ist,

Die gegenwärtige und erkannte Sachlage hat den Redenden das Ziel ins Auge fassen lassen und ihn zum Rechtsgeschäfte determinirt. In der bedingten Willenserklärung dagegen giebt der Redende nicht direct das zu Verwirklichende, sondern er giebt ein Gesetz an, dessen Anwendung auf das künftige äußere Geschehen den Willensinhalt erkennen läßt. Statt des Facits giebt er ein Exempel, in welchem ein Coefficient subjectiv und objectiv ungewiß in der Zukunft liegt. Ist das Facit gegeben, dann ist die Feststellung der Richtigkeit der Coefficienten — beim Willen die Vermeidung von unrichtigen motivirenden Vorstellungen — Sache des Erklärenden. Wird hingegen eine Gleichung mit einer unbekannten Größe gegeben, dann liegt in der Feststellung dieser Größe die Auflösung. Der so erklärte Willensinhalt ist von dem inneren spontanen Geschehen losgelöset, zur objectiven Norm geworden und wird durch ein zukünftiges äußeres Geschehen in seinem Umfange gestaltet. Diese Norm bindet wie jedes Rechtsgeschäft sofort mit ihrer Schaffung, falls es sich nicht etwa um stets rücknehmbare letztwillige Verfügungen handelt. Sie soll das Rechtsverhältniß zwischen dem durch sie Gebundenen und dem durch sie Berechtigten dem Schuldner und Gläubiger, Autor und Successor von dem Augenblicke des Geschäftes an gestalten, weil sonst dem Berechtigten gegenüber keine die Realisirung der Norm garantirende Gebundenheit, vielmehr ein Intervall einträte, in welchem der sich Verpflichtende oder Veräußernde den beabsichtigten rechtlichen Effect vereiteln könnte. Die Gestaltung des Rechtsverhältnisses durch eine Norm, deren Inhalt erst durch ein künftiges Geschehen bestimmt wird, vor solchem Geschehen, ist eine auffällige und der Erklärung bedürftige Thatsache. Fitting in seiner Schrift über die Rückziehung der Bedingung faßt, wie auch hier geschieht, die bedingende Thatsache als Factor der durch die Erklärung geschaffenen Norm auf, indem er das bedingte Geschäft (Seite 6) als einen der Fälle betrachtet, in denen erst durch einen späteren Umstand die eigentliche wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes bestimmt wird. Das Räthsel, wie solches bei der allgemeinen Geltung des Satzes vom zureichenden Grunde denkbar sei, läßt er ungelöst. Brinz Pandecten S. 1447, fühlt das Räthsel aber löset es nicht richtig. Er prädicirt den Bedingungseintritt ganz richtig als Coefficienten für das Geschäft, oder, wie ich mich hier ausgedrückt habe, für die das rechtliche Verhältniß der Betheiligten regulirende Norm. Aus der Eigenschaft als Coefficient folgert er aber nur das Nichtohneseinkönnen und verwirft den Schluß auf das Nichtvorseinkönnen. Das Nichtohneseinkönnen läßt allerdings nicht stets auf das Nichtvorseinkönnen schließen, aber doch gewiß stets dann, wenn das Vorseinsollende Wirkung und die andere Thatsache Ursache ist. Wenn Brinz ausruft, wer kennt das Sein, welches wir erst aus nochmaligem Ausgang rückwärts kennen lernen, so übersieht er, daß sein Vergleich nicht paßt, weil das spätere Sein niemals, wie die Bedingung als Coefficient des früheren Seins betrachtet werden kann.

Die Lösung liegt darin, daß die in mero jure zwischen Geschäft und dem den Inhalt der regulirenden Norm bestimmenden Geschehen obwaltende Gestaltung des Rechtsverhältnisses kein reales in jedem Momente zeitlich und

räumlich sich determinirendes Sein bildet Die Norm ist erst vorhanden mit dem Eintritt des Coefficienten, aber sie kann aus demselben Grunde den Regeln des natürlichen Geschehens entgegen rückwirken, aus welchem ein Gesetz sich rückwirkende Kraft beilegen kann. Wie das Rechtsverhältniß gestaltet ist, beruhet auf einem Willensacte; die Behandlung als ob es pendente conditione schon seinen Bestand gehabt hätte, ist identisch mit dem wirklichen früheren Bestande. Nur, wenn das Rechtsverhältniß ein solches ist, welches das Leben in jedem Augenblicke ordnen und bestimmen soll, dessen Pendenz mithin nothwendig zu irreparabeln Zuwiderhandlungen führen würde, wie zum Beispiel bei einer bedingten Eheschließung, würde man durch die Retrotraction mit dem Leben in Widerspruch treten. Bei der bedingten Eigenthumsübertragung liegt eine solche Schwierigkeit nicht vor. Der Empfänger, welcher für die Zwischenzeit auch zum Besitzer gemacht werden muß, muß bei seinen Verfügungen über die Sache auf die Deficienz der Bedingung gefaßt sein, durch das bedingte Geschäft ist mithin allerdings bewirkt, daß einstweilen keine mit Gewißheit gültige Verfügung über die Sache möglich ist.

Aus der gesammten vorstehenden Ausführung hebe ich als beachtenswerthes Resultat hervor, daß eine Pendenz nur bei den Rechten in hypothesi vorkommen kann. Nur das Eigenthümliche bei dem bedingten Geschäft findet statt, daß eine zur Hypothesis gehörige Thatsache auch in der Zukunft liegen kann. Prüfen wir dahingegen die Besitzübergabe, so gelangen wir zu dem Resultate, daß sie nie unter einer Bedingung, welche auf das Besitzrecht irgend welchen Einfluß hätte, geschehen kann. Zum Besitzrecht gehört ein actueller Causalnexus zwischen Person und Sache, also ein Sein im Raum und Zeit. Wo dieser Causalnexus nicht vorhanden ist, da kann kein Gesetz ein Besitzrecht annehmen, es müßte denn dasselbe seines Charakters als actuellen Rechts entkleiden und zu etwas ganz Anderem machen. Ein actuelles in Zeit und Raum stattfindendes Verhältniß kann niemals von einem in der Zukunft liegenden Ereignisse abhängen, hier giebt es kein Mittelding zwischen Sein und Nichtsein, keine Pendenz und Schwebe. Die Besitzübertragung ist ein Handeln mit natürlichem Effect, Lösung und Knüpfung des Causalnexus. Ein Handeln mit natürlichem nicht idealem rechtlichen Effect kann nicht unter einer Bedingung geschehen. Ich kann nicht unter der Bedingung, daß ich morgen Geld bekomme, mir heute einen vergnügten Tag machen. Wenn ich den Besitz nur übertragen will, sofern ein von mir als zur Determination erforderlich erkanntes ungewisses Ereigniß eingetreten ist, dann muß ich es einstweilen bleiben lassen.

Savigny sagt Seite 245, bei der bedingten Besitzübergabe gehe zunächst noch gar kein Besitz über, aber sobald die Bedingung eintrete, werde der Besitz unmittelbar erworben, der bis dahin in fremdem Namen ausgeübt wurde.

Wenn man Jemanden zum Detentor macht, dann will man den Besitz noch nicht übertragen. Fügt man das Versprechen hinzu, der Besitz solle übergehen, wenn ein bestimmtes Ereigniß eintrete, dann

fragt es sich, ob bei Aufwerfung der controversia de possessione der Detentor sich als besserer Besitzer mit Beziehung darauf behaupten könne, daß die Bedingung eingetreten sei. Diese Frage wird von Savigny bejahet, jedoch mit Unrecht. Der Eintritt der Bedingung kann nur die Hypothesis für ein Recht auf Uebertragung des Besitzes sein, dieses Recht kann aber nicht im Besitzstreite vorgeschützt werden. Ruft der Besitzer dem Detentor die Sache ab, dann muß dieser erst einmal laufen. Der Zustand der Traditionsbereitschaft, der Evacuirung der possessio kann durch den Eintritt der Bedingung nicht geschaffen werden, da derselbe auf einem gegenwärtigen Willens- und Seelenzustand des Tradenten beruhet; der nicht durch ein äußeres Geschehen ersetzt werden kann. Wollte man die Berufung auf die Bedingung gestatten, dann würde man den Leuten erlauben, sich über die Frage, ob die Bedingung eingetreten sei oder nicht, die Köpfe zu zerschlagen. Zu bemerken ist, daß bei der bedingten Eigenthumsübertragung der Besitzer inzwischen zum vollen Besitzer und nicht etwa Detentor gemacht wird*), folgeweise hier ein Fall vorliegt, in welchem der animus dominii, der Eigenthumswille bei dem Besitzer wenigstens ungewiß ist.

In dem schon behandelten fr. 34. de poss. ist von einem quodammodo sub conditione de possessione recedere des Tradenten die Rede. Die willentliche Besitzaufgebung wird als eine in gewisser Weise bedingte bezeichnet. Der Besitzwechsel bei der missio zur Occupation eines außerhalb des Gesichtskreises liegenden Grundstückes findet nicht statt, indem das Herrschaftsbewußtsein in einem bestimmten Augenblicke erlischt — animo deponere possessionem — sondern indem ein neues im Vertrauen auf die erklärte Traditionsbereitschaft concipirtes Herrschaftsbewußtsein in dem Augenblicke der Apprehension entsteht. Die Dauer des Besitzes während der von dem mittens erklärten Traditionsbereitschaft bis zu der Apprehension des missus schließt keine Pendenz des Besitzrechtes ein, denn der mittens kann in jedem Augenblicke die missio zurücknehmen, er hat nicht, wie bei der Bedingung einem künftigen Geschehen gegenüber schon gegenwärtig sich gebunden. Ulpians Vergleich kann deßhalb nur in dem Punkte zutreffen, daß wie bei der bedingten Eigenthumsübertragung noch kein Eigenthum übergegangen ist, so auch bei der missio der mittens seinen Besitzwillen noch nicht abgelegt hat, der Besitzwechsel vielmehr erst in Folge eines ferneren Geschehens eintritt.

In dem fr. 18. §. 1. de poss.**), welche Stelle man vielfach als im Gegensatz zu fr. 34 stehend betrachtet hat, ist die Sachlage eine ganz andere.

---

*) Savigny Anhang No. 73. fr. 2. §. 2 pro emt. Frag. Vat. §. 111.

**) Si furioso, quem sanae mentis esse existimabas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuerit constitutus, rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem, etiam si non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat; immo vult dimittere quia existimat se transferre.

Bei der missio nimmt der mittens die Apprehensionshandlung des missus nicht unmittelbar wahr; der Zeitpunkt seines Besitzverlustes bestimmt sich danach, wann ein besserer Besitz entstanden ist. Würde ein Wahnsinniger entsendet werden, um Besitz an einem Grundstücke zu ergreifen, dann könnte der Besitzwechsel erst dann als eingetreten angesehen werden, wenn der Mittens von der durch den scheinbar Vernünftigen vollzogenen Apprehension Kenntniß erlangt hat, ohne seines Irrthums gewahr zu werden. Denn dann kann ein Beharren des früheren Herrschaftsbewußtseins nicht ferner angenommen werden. Der Tradent kann nicht ferner besitzen, wenn er glaubt, daß der Empfänger besitze. In dem fr. 18. §. 1 ist ein Fall gewählt, in welchem die Uebergabe unter den gegenwärtigen Parteien an der gegenwärtigen Sache vor sich gegangen ist, ohne daß der Tradent gemerkt hat, daß er einem Wahnsinnigen tradire. Dieser Irrthum ist Motiv für den Willen, der in dem Traditionsacte zur That geworden ist. Der Jurist hebt hier den einfachen Satz hervor, daß der Irrthum im Motiv den Willen nicht negiren läßt, sondern im Gegentheil beweiset. Mit den bewiesenen Willenszuständen, bei einer beweglichen Sache überdies mit der Ablation, der mechanischen Zerreißung des Causalnexus, ist ein fernerer Besitz des Tradenten unvereinbar.

Die Hauptbelegstelle für die bedingte Besitzübergabe ist fr. 38. §. 5. de poss. Zur Erklärung dieser Stelle müssen wir die Function der Besitzübergabe im Vermögensverkehr insbesondere als Basis eines Realcontracts untersuchen.

Das Vermögen ist eine Summe von Rechten in eine subjective Spitze mündend. Der Vermögenswerth ist die Wirksamkeit des einzelnen Rechtes bei der Liquidation des Vermögens, das heißt bei der Umwandlung desselben in das Recht an einem Haufen Geld. Der Werth hat zur nothwendigen Voraussetzung ein Recht.

Die Werthfunction des Rechtes hängt von doppelten Umständen ab. Erstlich von der Qualität der Sachen, auf welche sich das Recht bezieht und zweitens von der Güte des Rechtes. Die Güte meines Rechtes bestimmt sich nach den juristischen Thatsachen, die ich zu beweisen vermag. Beweise ich nur den Besitz zu der Zeit, als die Sache gestohlen oder beschädigt wurde, dann habe ich vorläufig genug bewiesen. Denn, wenn auch der Besitz nur der rechtliche Reflex einer actuellen Sachlage ist, welche zu erhalten meiner fortgesetzten Thätigkeit überlassen bleibt, so befähigt doch die in thesi als Recht sich darstellende gegenwärtige Herrschaft, alle Vortheile aus der Sache zu ziehen, welche die Sache überhaupt zu bieten vermag, den etwaigen Käufer zum superior interdicto zu machen und somit den Kaufpreis zu percipiren. Solange mein Recht in thesi nicht durch den Nachweis einer hypothesis als Unrecht sich darstellt, stehet die Werthfunction des Besitzes der Werthfunction des Eigenthums gleich. Ein solcher Nachweis braucht aber meinen Besitz nicht als absolutes Unrecht darzustellen, kann vielmehr nur den Anspruch auf die volle Sachherrschaft beeinträchtigen, während in den Grenzen meines Retentionsrechtes, Pfandrechts, Nießbrauchs oder Superficies der Besitz als ein berechtigter erscheint. Wenn die römischen Juristen von quanti res

est und condictio rei im Gegensatz von quanti interest possidere und condictio possessionis reden, so bezeichnen sie mit den ersteren Ausdrücken Fälle, in denen die Güte des abzuschätzenden Rechtes nicht in Zweifel gezogen ist, das Recht an der Sache vielmehr als volles Eigenthum zur Schätzung gelangt; das Eigenthum braucht hier, zum Beispiel bei der actio legis Aquiliae oder der condictio furtiva durchaus nicht bewiesen zu sein, wenn nur nicht der Besitz als ein Unrecht nachgewiesen ist. In solchem Falle hat die Schätzung nur mit Thatsachen zu thun, mit den Qualitäten der Sache. Deßhalb reden die Römer hier von pretium rei, quanti res est, und nicht quanti proprietas est. Noch richtiger wie mit dem Ausdruck präsumtives Eigenthum bezeichnet man den Besitz als volles Recht, dessen Unvollständigkeit und Inferiorität gegenüber dem Eigenthume eines Dritten erst durch den Nachweis dieses Eigenthums hervortritt. Diesen Schein des vollen, dem Eigenthume gleich kommenden Rechtes hat der Besitz auch gegenüber demjenigen, gegen welchen in Folge einer Verletzung oder einer Empfangnahme (Realcontract) ein obligatorischer Anspruch entstanden ist. Bei dem Besitzer eclipsirt der Besitz das Eigenthum vollständig; man muß erst den Besitzer abkratzen, um den Eigenthümer dahinter zu finden und das Eigenthum eines Dritten constatiren, um das Nichteigenthum des Besitzers festzustellen.

In dem Vermögen erscheint der Besitzbestand als volles Recht an den Sachen, Besitz und Eigenthum als gleichwerthig. Soweit indessen durch gegnerischen Nachweis des Eigenthums eines Dritten unser Besitz als Unrecht dargestellt und diese Darstellung von unserer Seite nicht etwa durch Nachweis eines dem Eigenthümer gegenüber durchführbaren partiellen Rechtes an der Sache eingeschränkt ist, muß das Besitzrecht allen Werth verlieren. Die thatsächliche Aussicht, daß vielleicht der rechte Herr nicht kommt, uns die Sache abzurufen, hat keinen Werth, da sie nicht die Nothwendigkeit ihrer Verwirklichung in sich trägt, vielmehr der Rechtsordnung widerspricht. Der Genuß des Besitzers, Gebrauch und Fruchtnutzung der Sache — Bruns, Besitzklagen S. 193 — sind bei nachgewiesenem Nichteigenthume rechtlos und nur Folgen einer unvollständigen Verwirklichung der Rechtsordnung in concreto. Recht und Werth sind Correlate. Der Geächtete und Rechtlose hat kein Vermögensinteresse mehr.

Der Uebergang des Besitzes aus einem Vermögen in ein anderes Vermögen hat den äußeren Schein des Ueberganges des vollen Rechtes an der Sache. Ulpian in fr. 2 de cond. trit. — cfr. fr. 25 de furtis — läßt sogar den dominus dejectus das Grundstück mit der condictio certi fordern, mithin die Sache so behandeln, als wenn durch die Dejection die Sache zu vollem Rechte in das Vermögen des Dejiciens gelangt und nur einem dari oportere unterworfen ist.

Neben dem besonderen Condictionsgrunde ist ein allgemeines Erforderniß der Condiction datorum, daß durch denselben Act das eine Vermögen vermindert und das andere Vermögen vermehrt worden ist. Und zwar gehört zu der condictio certi, daß dieser Vermögenswechsel

bezüglich des vollen Rechtes an der gegebenen Sache stattgefunden hat, mithin ein Eigenthumswechsel war. Der Nachweis des Nichteigenthums des Gebers enthält mithin hier eine Negation des Klaggrundes. Dari oportere kann gegen Niemanden intendirt werden, welcher ein datum sensu stricto nicht empfangen hat. Deßhalb wird im fr. 15 §. 1 de cond. ind., si nummi alieni dati sunt, die condictio incerti gegeben, „vel ut possessio eorum reddatur". Hieraus folgt, daß die Römer die condictio auf eine condictio incerti nur alsdann abschwächten, falls das dominium dantis ungewiß war, folglich der Nachweis eines dominium tertii das Klagfundament hätte negiren lassen müssen.

Die Anstellung der condictio incerti, statt der condictio certi ist weiter Nichts als eine Cautel desjenigen, welcher die Berufung auf ein dominium tertii fürchtet, ebenso wie die Anstellung der Publiciana statt der Vindication. Der Besitzübergang erscheint auch hier zunächst als Uebergang des vollen Rechtes an der Sache aus dem einen Vermögen in das andere. Der Nachweis des dominium tertii enthält dieser Klage gegenüber nicht die Negation des Klaggrundes, weil der Gebende, wenn er auch nicht Eigenthümer war, doch immer noch Retentionsberechtigter, Pfandgläubiger rc. gewesen, sein Vermögen mithin durch den Besitzübergang vermindert, dasjenige des Beklagten vermehrt sein kann.

Die Berufung auf das Recht eines Dritten ist nur zulässig, sofern dessen Nachweis das Klagfundament direct verneint; so der Beweis des dominium tertii gegenüber der Vindication. Der condictio possessionis gegenüber kann sich deßhalb der Beklagte nur auf sein jus proprium berufen. Petitorische Einreden aus eigenem dinglichen Rechte an der Sache müssen gegen Bruns S. 203 und mit Jhering, Beiträge S. 117, Voigt, Condictionen S. 331, Note 280 zugelassen werden, denn soweit der Besitzübergang objectiv die Realisirung eines dinglichen Rechtes auf Seiten des Empfängers enthält, ist das Klagfundament, der Vermögenswechsel verneint.

Den restitutorischen Besitzklagen gegenüber sind alle petitorischen Einreden ausgeschlossen, weil eine Verschiebung der Herrschaftsverhältnisse, der mechanischen Gravitation der Sachen um die Personen rückgängig gemacht werden soll, nicht ein Vermögenswechsel, mithin eine Negirung des Letzteren keine Negirung des Klagfundamentes enthält.

Das quanti interest possidere würde eine überall nicht feststellbare Größe sein, wenn man den Besitz nicht entweder als volles oder als partielles dingliches Recht zu Grunde legt und danach schätzt. Ein Besitz, welchem man den Schein als volles dingliches Recht nicht zu Theil werden, über welchem man die Ungewißheit walten läßt, daß in jedem Augenblicke der rechte Herr kommen und ihn abnehmen kann, ist werthlos. Wenn in fr. 3 §. 11 U. P. das Besitzinteresse für verschieden von rei pretium erklärt wird, so kann dies nur heißen, daß der Sachwerth das Interesse nicht immer erfüllt. Unter den Sachwerth könnte das Besitzinteresse nur durch eine petitorische Einrede gedrückt werden. Da solche Einreden unzulässig sind, so kann ein Hinuntergehen unter quanti

homo est — fr. 6 Unde Vi — nur in Folge eines freiwilligen Zugeständnisses des Klägers über sein nur partielles Recht stattfinden.

Bei der condictio possessionis wird von dem Eigenthume ganz abgesehen und nur ein rückgängig zu machender Vermögenswechsel behauptet. Die Vermögenszugehörigkeit ist die einzige Synthese, in welcher hier die Person zu der Sache gedacht wird. Nur hiernach wird das meum und alienum esse bemessen und kann es so kommen, daß, wenn der Besitz des Empfängers auch unzweifelhaft ist, eine Nichtzugehörigkeit des Besitzes zu dem Vermögen desselben behauptet wird, weil bei endlicher Liquidation der beiderseitigen Vermögen der Besitz nicht in dem Vermögen des Besitzers, sondern in dem Vermögen des Condicenten als Activum zu fungiren hat.

Die Condicirbarkeit einer geschehenen Leistung läßt dieselbe in dem Vermögen des Empfängers als ein alienum erscheinen. Der Empfänger ist Eigenthümer, Forderungsberechtigter, Besitzer geworden, aber der betreffende Vermögensbestandtheil ist nicht ein reines Activum, sondern die Deckung für ein Passivum und bei der Liquidation des Vermögens abzusetzen. Für die active Function von Vermögensbestandtheilen bei der Liquidation gebrauchen die Römer die pronomina possessiva und den genitivus possessivus ebensogut wie für das dingliche Recht an der Sache. Man muß deßhalb unterscheiden, ob solche Ausdrücke, wie alicujus fieri, suum facere mit oder ohne Rücksicht auf die endliche Regulirung des Vermögens gebraucht werden.

Hierfür lassen sich mehrfache Beispiele bringen. So wird in der vielbestrittenen l. 18. §. 1. de R. C. nummos accipientis non fieri von der Condicirbarkeit verstanden werden müssen*). Ebenso hat man die Leugnung der alienatio possessionis Seitens eines Pupillen in l. 11. de A. R. D. und Seitens eines Ehegatten an dem andern in l. 46. de don. int. vir et ux. dahin zu verstehen, daß nicht die Besitzempfänger jeder Gewaltthat gegenüber vogelfrei gemacht werden sollen, sondern daß ihre Vermögensvermehrung durch den Besitz vermöge einer Condiction rückgängig zu machen ist.

Endlich erinnere ich noch an den Ausdruck „bonae fidei possessor fructus suos facit", welcher mit Savigny, Besitz S. 278 Note 1 ganz gewiß von der Nichtcondicirbarkeit zu verstehen ist.

Ich komme jetzt zu der Erklärung der l. 38. §. 1. de poss.

Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere eam dicat, si ipsius fundus esset, non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit. Hoc amplius existimandum est,

---

*) Gegen diese Auslegung scheint der Ausschluß der Condiction im Falle der Consumtion zu sprechen, da dieser auf das Beharren der Vindication bis zur Consumtion schließen läßt. Eine nähere Betrachtung der Stelle ergiebt indessen, daß es nicht die Consumtion allein ist, welche die Basis der Einrede bildet. Die exceptio doli lautet: si non secundum voluntatem dantis nummi consumti sunt. Hieraus folgt, daß der consumens von dieser voluntas inzwischen Kenntniß erlangt und nun gerade mit Rücksicht hierauf seine Verfügung über das Geld getroffen hat. Das Vertrauen auf das Beharren des Gebers in seinem Schenkungswillen rechtfertigt die exceptio doli, die Schenkung ist nachträglich angenommen.

possessionem sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit. Es wird Jemand mit der rei vindicatio bedrohet. Er will nicht gern den Proceß übernehmen, hat aber Zweifel über das Recht des Vindicanten. Deßhalb übergiebt er den Besitz unter der Bedingung „si ipsius fundus esset", das heißt, wenn der Empfänger wirklich Eigenthümer sei. Später erfährt er, daß der Empfänger gar nicht der rechte Herr sei. Von welcher Wirkung ist hier die conditio adjecta?

Eine einstweilige Willensunterordnung und bloße Innehabung auf Seiten des Empfängers, wie Savigny annimmt, ist undenkbar. Der Empfänger hat mit Willen des Weichenden die Verfügung über die Sache in eigenem Namen übernommen. Wenn die Betheiligten das Besitzrecht unter sich davon abhängig machen könnten, ob der Empfänger Eigenthümer sei oder nicht, dann würde dieser Pact die Bedeutung haben, daß das Selbsthülferecht, das Recht den Anderen hinauszuwerfen, von der Eigenthumsfrage regulirt werden sollte. Ein jus in hypothesi, das Recht des Tradenten gegründet auf den bedingten Pact wäre mit dem Rechte zum Gewaltgebrauch durch Privatdisposition ausgerüstet.

Dies ist offensichtlich unzulässig. Interdicto superior ist der Empfänger. Das Rechtsmittel des Tradenten ist aber die condictio ob causam possessionis. Die Beweislast des Eigenthums wird man den Empfänger auferlegen müssen. Die causa non secuta, in deren Erwartung der Besitz übergeben ist, ist die Legitimation des Empfängers als Eigenthümer. Wenn die traditio possessionis mit der traditio rei sub conditione gleichgesetzt wird, so ist dieser Satz mit einiger Beschränkung zu fassen. Bei der traditio rei kann die Bedingung dem Eigenthumsübertragungssatze beigefügt sein und dessen Wirkung reguliren. Sie kann aber auch lediglich den Vermögensübertragungswillen reguliren sollen. So ist es klar, daß, wenn ich Sachen zum sofortigen Verbrauche unter einer erst nach dem Verbrauch sich entscheidenden Bedingung übergebe, für das Eigenthum gar keine Zeit der Pendenz hat geschaffen werden sollen, sondern nur für die Vermögenszugehörigkeit. In dieser Richtung ist der Vergleich zwischen rei und possessionis traditio zulässig. Das fieri accipientis bedeutet mithin die Nichtcondicirbarkeit, der Ausdruck „cedere possessionem" nicht den Besitzeswechsel, sondern den Vermögenswechsel.

Die einzelnen Fälle des willentlichen Besitzwechsels lassen sich nicht nach einem bestimmten System ordnen. Die juristische Natur ist überall die gleiche, Ablösung der Ortsbestimmung des Tradenten durch diejenige des Empfängers. Die Art und Weise, wie solches geschehen kann, trägt die Buntheit des Lebens. Unter gesetzliche Ausnahmsregeln gestellte Fälle des Besitzüberganges giebt es nicht und kann es nicht geben, ohne daß das Gesetz den Charakter des Besitzes als eines actuellen Rechtes aufgeben würde. Die actuelle Basis des Besitzrechtes, der Causalnexus zwischen dem Willen und der Ortsbestimmung der Sache ist eine natürliche Thatsache, welche das Gesetz nicht im Widerspruche mit der Wirklichkeit als vorhanden annehmen oder leugnen kann.

So kann ich auch keine ausnahmsweise gesetzliche Behandlung in dem hier zunächst zu behandelnden Falle erkennen, in welchem kein Atom im Raume verschoben wird, die einen Wechsel des Besitzrechtes herbeiführende Veränderung der Sachlage lediglich in einer Veränderung der Vorstellungsweise der Betheiligten liegt, ich meine das constitutum possessorium und die brevi manu traditio.

Ich kann meine Macht dadurch erweitern, daß eine andere Person mir verspricht, meinen Befehlen gehorsam sein zu wollen. Eine durch Realexecution geschützte rechtliche Gehorsamspflicht kann man nun zwar in Anbetracht der Unveräußerlichkeit der Freiheit nicht durch private Vereinbarung schaffen. Wenn jedoch Jemand mir zugesagt hat, in einem gewissen Geschäftskreise ganz nach meinem Willen als mein Organ handeln zu wollen, dann bildet unsere Verabredung ein Beweismoment über den Willenszustand des Zusagenden bei Ausführung des Geschäftes. Und dieser Willenszustand, dessen Aenderung allerdings jeden Augenblick in seinem Belieben stehet, ist es, welcher seine That, soweit sie in der Ortsbestimmung einer Sache bestehet, als meine That erscheinen läßt. Die mechanische Wirkung bedarf behuf ihrer Zurückführung im Ursachenzusammenhange auf meinen Willen nicht lauter mechanischer Mittelglieder, deren der Person nächstes die eigenen Glieder sind, sondern es kann ein denkendes Wesen dazwischen treten, welches durch eine Bewegung, Wort oder Wink, eine Vorstellung empfängt und diese alsdann wiederum weiter in Bewegung übersetzt. Nur kommt es bei Feststellung des Ursachenzusammenhanges nicht darauf an, wie die Mittelsperson wollen soll, sondern wie sie wirklich will.

Ein Besitzwechsel ohne jede neue Apprehension des Erwerbers kann auf eine doppelte Weise vorkommen. Erstlich so, daß der zeitherige Besitzer seinen Detentor aus der Willensunterordnung entläßt, damit dieser für sich selbst besitze und zweitens, daß er sich als Organ dem Erwerber unterordnet dergestalt, daß die actuelle zu ihrer Bezeugung nicht einer neuen That bedürfende Ortsbestimmung von diesem Augenblicke an als durch den Tradenten hindurch von dem Empfänger relevirend angesehen wird*). Die römischen Juristen heben diese Fälle nicht als irgend von der Regel abweichend hervor und haben auch keinen besonderen Namen für dieselben. Der Wechsel im Causalnexus zwischen Willen und Ortsschicksal der Sache ist der Kern des Vorganges, der rothe Faden, welche sich durch alle verschiedenen Erscheinungen des Besitzüberganges hindurchziehet, das constitutum possessorium ist nur eine besondere Erscheinungsform.

Der Fehler von Savigny bestehet darin, daß er den Unterschied von constitutum und von Vertrag nicht erkennt, ja letzteres gerade einen Vertrag nennt. Die römischen Juristen geben als Grund des Besitzwechsels den Vorgang in der Denkweise der Betheiligten an, einem pactum wird sogar ausdrücklich in l. 20 C. de pactis der Effect der Besitzübertragung abgesprochen. Der Unterschied zwischen constitutum und Vertrag ist ein handgreiflicher. Bei ersterem erzeugt die geschaffene

*) fr. 18 de poss. fr. 9. §. 9 de R. C.

neue Sachlage einen neuen rechtlichen Reflex, das melius possidere des Empfängers. Bei dem Vertrage dagegen erzeugt nicht die Sachlage der Willensconstellation das Recht aus dem Vertrage, dieses ist nicht abhängig von einem beharrenden Willenszustande, von dem guten Willen des Schuldners, vielmehr ist das Recht aus dem Vertrage eine ideale Folge des Geschäftes. Die zweiseitige Willenserklärung wirkt insofern als Zauberformel, als sie eine nicht aus dem natürlichen Vorgange sich ableitende, sondern durch den Gesetzeswillen festgestellte Folge mit sich führt. Die Folge, das jus ex hypothesi geschieht nicht, sondern wird gewollt, während bei dem Besitzwechsel der Wechsel in dem Causalnexus in einem realen Geschehen, nicht in einem idealen Gewolltwerden bestehet. Der Willenszustand des Detentor ist etwas Reales ebenso wie der animus revertendi des gezähmten Thieres. Es ist nun allerdings recht wohl möglich, daß die Betheiligten nur den processualen Schein des Willenszustandes schaffen wollen, um das Erforderniß der Tradition bei der Eigenthumsübertragung zu umgehen; oft sind Motive vorhanden, den Eigenthumsübergang für Dritte unsichtbar zu machen. Den äußeren Willenserklärungen wohnt eine ganz sichere Beweiskraft nur in dem bei, was der Erklärende als von sich gewollt gelten lassen will; auf den Grund seiner Seele sieht man aber nicht und dieses ist eigentlich nöthig, um das innere Geschehen zu constatiren. Dabei giebt es für den Willenszustand keine anderen Beweismittel als die Erklärungen. Diese Betrachtung kann dahin führen, daß man den Besitzwechsel durch constitutum possessorium, sofern er den Rechten Dritter vermöge des damit verbundenen Eigenthumserwerbes präjudicirt, als gegen diese Dritte unbeweisbar verwirft. Hiezu neigt sich das Handelsrecht. Goldschmidt (Ztschrft. IX. S. 15) interpretirt den Ausdruck „Uebergabe in art. 306 des H. G. B. dahin, daß nicht die Uebertragung des juristischen Besitzes allein genügt, sondern daß die Sache in den Gewahrsam des Erwerbers übergehen oder mittelst brevi manu traditio in demselben verbleiben müsse, oder doch übergehen oder verbleiben müsse in dem Gewahrsam eines Dritten, welcher für den Empfänger detinirt. Als Grund für seine beschränkende Auslegung stützt er sich auf den Sinn des Wortes „Uebergabe". Nun ist es zwar richtig, daß der Ausdruck zunächst auf den gewöhnlichen Fall der Besitzübertragung zielt, in welchem die Sache aus der Hand des Tradenten in die unmittelbare Verfügung des Empfängers oder eines Stellvertreters desselben übergehet, und wo eine Apprehension direct zu Tage tritt. Man könnte aber an dem Zutreffen des Ausdrucks „Uebergabe" ebensogut wie beim constitutum in denjenigen Fällen zweifeln, in welchen der bisherige Besitzer seinem Detentor die Anweisung giebt, nunmehr für den Empfänger zu detiniren, Fälle, in denen Goldschmidt die Uebergabe annimmt. Der Ausdruck „Uebergabe" ist indessen augenscheinlich eine Uebersetzung von traditio, und dieser Ausdruck begreift jede Art von consensualem Besitzwechsel. Es würde von dem Gesetzgeber höchst gefährlich gewesen sein, neuen Most auf alte Schläuche zu füllen und dem altgebräuchlichen Ausdruck „Uebergabe" einen neuerdachten beschränkten Inhalt zu geben. Ein

gerechter Zweifel an der Beweisbarkeit des zum Besitzübergange nöthigen Geschehens trifft gerade nur in dem Falle des constitutum zu. Bei der Emancipirung des bisherigen Detentors, bei der Anweisung des Detentors, nunmehr für einen neuen Besitzer zu detiniren, ist der wirkliche Besitzaufgebungswillen weit weniger zweifelhaft, als wenn ich die Ortsverfügung in meiner Hand behalte und nur erkläre, fortan in fremdem Namen besitzen zu wollen. Geben und Behalten ist eine unklare Handlungsweise.

Ich glaube deßhalb, daß man nach unserem Handelsgesetzbuche dem constitutum die Wirkungen der Uebergabe nicht absprechen kann, daß man aber den Willenserklärungen bezüglich des Beweises von Willenszuständen nicht volle Kraft einräumen kann gegenüber dritten Betheiligten. Wo die Regel „Hand muß Hand wahren" gilt, ist die Wirkung der Besitzübertragung gegen Dritte eine besonders einschneidende, indem sie das frühere dingliche Recht an der Sache zum Erlöschen bringt. Hier ist es mithin besonders wichtig, daß der gegen alle Dritte eintretende juristische Effect an eine nicht im processualischen Schein, sondern in der Wirklichkeit existirende Thatsache geknüpft werde. Das constitutum possessorium ist nun ein in zweifelhaftem Lichte schillerndes Rechtsgeschäft. Es ist sehr leicht ungewiß, ob eine Verrückung des Machtverhältnisses zur Sache wirklich stattgefunden hat, oder ob die Betheiligten durch ihre Erklärungen nur den processualischen Schein und somit die Rechtsfolgen, als wenn sie stattgehabt hätte, haben schaffen und somit dem Gesetze zuwider die Vertragswirkung der Succession in das Recht an der Sache von der gesetzlichen Bedingung eines wirklichen Geschehens nicht blos Gewollthabens haben emancipiren gewollt. Wie eine Privaturkunde gegen Dritte nicht das Zeitdatum nachweiset, weil solches auch nicht durch das Gewollthaben geschaffen wird, sondern eine reale Thatsache ist, so geben die Willenserklärungen beim constitutum auch nicht über das erforderliche Stück realen Geschehens den gehörigen Aufschluß. Treten anderweite besondere Thatsachen hinzu, hat zum Beispiel der Constituent Jahre lang Miethe gezahlt, ist derselbe den Anordnungen des Empfängers über die Behandlung der Sache nachgekommen, dann kann sein den Besitz des Empfängers vermittelnder Willensunterwerfungszustand angenommen werden.

So ist von processualischer Seite dem Unfug, welcher mit dem constitutum possessorium getrieben zu werden pflegt, beizukommen. Das Bedürfniß hiezu ist am dringendsten im Handelsrechte, die Grundsätze über den Beweis des constitutum aus den Willenserklärungen der Parteien müssen aber für das bürgerliche Recht dieselben sein.

Wir wollen jetzt von dieser processualen Seite absehen, und, indem wir den Erklärungen der Betheiligten über ihren Willenszustand vollen Glauben schenken, forschen, in welchen Erklärungen eine Umsetzung des Besitzwillens in den Detentionswillen ihren Ausdruck finden kann.

Savigny sagt S. 320, ein Constitutum sei in der Regel nicht anzunehmen und führt als Anwendung dieses Satzes fr. 48 de poss. an, nach welcher die declaratio, se tradidisse possessionem

nur die Traditionsbereitschaft bezeugt, folgeweise kein constitutum enthält.

Die in der Uebertragungsurkunde enthaltene Traditionsclausel war bei den Römern etwas so Gewöhnliches, daß Anfragen an die Kaiser ergingen, ob der Mangel dieser Clausel bei wirklich stattgehabter Besitzübertragung auch nicht schade. Auf diese Clausel wendete man dann auch die Regel an quod scriptum est quasi actum videtur actum, eine Regel, welche indessen Dritten nicht präjudicirte, da sie nur ein Beweisresultat für die Contrahenten feststellte*). An eine Interpretation der Traditionsclausel als constitutum possessorium hat kein römischer Jurist je gedacht. Das Fortbesitzen des Tradenten wird durch die Traditionsclausel überall nicht als Detention illustrirt. Man kann von dem Tradenten nur sagen, daß, wenn er den sofortigen Besitzübergang wollte, er in ein Detentionsverhältniß hätte eintreten müssen, nicht aber, daß er in dasselbe eingetreten sei. Das Haben und Verfügen über eine fremde Sache ist an sich ein Unrecht. Um als Detention erkennbar zu sein, muß irgend ein Rechtsverhältniß zwischen Herrn und Detentor diesen Charakter als Unrecht beseitigen und ein Rechtsverhältniß**) hervortreten lassen, welches erklärt, wie der Herr dazu gekommen ist, durch den Detentor den Besitz auszuüben. Wenn ich meine Sache bei dir lasse, dann müssen wir beide irgend ein rechtliches Verhältniß zu einander vor Augen haben, welches, sei es den Besitz als prodominus, sei es die Detention das Nichtherrn erklärt. Ueberschauen wir die Fälle, in denen die römischen Juristen einen Besitzwechsel durch Willensunterordnung des bisherigen Besitzers annehmen, dann muß uns ein Umstand auffallen. Ein Detentor kann entweder in eigenem Interesse, ohne jedoch aus der Rolle als Organ herauszutreten, die Verfügung über die Sache ausüben, wie der Miether und Nutznießer, oder er kann lediglich in dem Interesse des Herrn die Sache inne haben, wie der Depositar und Mandatar.

In allen Fällen, in denen die Römer ein constitutum annehmen, bleibt die Innehabung bei dem Tradenten in Folge einer Concession des Empfängers. So, wenn Jemand die Sache zugleich verschenkt und miethet oder verkauft und sich den Nießbrauch vorbehält***).

Der Fall, daß der Tradent erklärte, fortan als Mandatar oder Depositar mit der Sache verfahren zu wollen, kommt nicht vor, und dieses Nichtvorkommen hat seinen guten Grund. In der Vereinbarung, daß der Verkäufer die Sache verpacken und damit nach der Anweisung des Käufers verfahren oder dieselbe aufbewahren solle, kann man nichts erblicken, als einen Aufschub der Tradition. Der Hinübertritt aus den Besitz in den Detentionswillen würde, auch wenn er mit der größesten Genauigkeit erklärt wäre, stets dem Verdachte unterworfen bleiben, daß

*) Deßhalb in l. 1. C. de don. die in rem actio nur adversus donatorem, wobei ich gleich hier bemerke, daß unter emtionum (scil. nummo uno) instrumenta der Schenkbrief nicht Kaufbriefe verstanden werden müsse.

**) Windscheid, Pand. §. 155. Note 8a.

***) fr. 77 de R. V. l. 28, 35. §. 5. C. de don.

durch die Erklärung der gesetzlichen Vorschrift über das Erforderniß der Tradition habe ausgewichen werden sollen. Nur wenn die Belassung der Detention bei dem seinen Willen unterwerfenden Tradenten als eine Concession des Empfängers erscheint, kann sich dieses Belassen als ein gegenwärtiger Herrschaftsact darstellen. Die Willensunterwerfung des Tradenten erscheint in diesem Falle motivirt; wenn er die Bewilligung des Nießbrauchs oder der miethweisen Benutzung annimmt, so folgt daraus, daß er als Entgelt seinen Willen dem Inhalte dieser Rechtsinstitute accommodirt.

Exner und Hauser*), obwohl sie zur Vorsicht bei Annahme eines constitutum mahnen, überschreiten die von den römischen Juristen innegehaltenen Grenzen, indem sie auch den Tradenten in einen Depositar oder Mandatar nuda voluntate sich umwandeln lassen. Exner sagt unter Anderem:

„Ferner wird es als vollzogenes Constitutum zu betrachten sein, wenn etwa der Vermögensverwalter eine dem Herrn schuldige oder für ihn eincassirte Geldsumme in die für ihn separat geführte Kasse legt". Die Begriffsverwirrung ist leicht aufzudecken. Im ersteren Falle — der eigenen Schuld — ist eine Vereinigung von Zahler und Zahlungsempfänger in derselben Person undenkbar. Was soll eintreten im Fall des Untergangs der in die Kasse gelegten Münzen? Im zweiten Falle — der Eincassirung — wird durch das separate Aufbewahren nur illustrirt, daß der Geschäftsführer auch schon beim Empfange als Organ handelte, also selbst niemals besaß. Der Hinübertritt aus der Rolle des Besitzers in die Rolle eines Commodatars oder Precaristen kommt bei der Eigenthumstradition nicht in den Quellen vor. Nur bei der Restitution des Besitzes an den Eigenthümer läßt fr. 22 pr. de prec. solche durch precarii rogatio vor sich gehen**). Man beachte, daß in einem solchen Restitutionsfalle der Besitzwechsel keine den Rechten Dritter präjudicirende Thatsache ist, wie bei der Eigenthumstradition. Für den letzteren Fall werden Erklärungen, denen zufolge der Eigenthumstradent aus der Rolle als Besitzer in die Rolle eines Precaristen oder Commodatars hinüberschlüpft, Dritten gegenüber dem Verdacht einer Comödie nicht entgehen und somit für den erforderlichen Willenszustand als reale Thatsache keinen Beweis liefern können. Die Ermiethung und die retentio ususfructus bleiben die einzigen Fälle, in denen aus dem Vertragsverhältnisse mit einiger Sicherheit auf die Willensconstellation bezüglich der Herrschaft über die Sache geschlossen werden kann, jedoch kann derjenige Dritte, dessen Rechte durch die behauptete Besitzübertragung geschmälert werden, stets noch die Beweiswürdigungsfrage zur Discussion bringen, ob die Contrahenten nicht etwa nur die Rechtsfolgen wollten, als wenn tradirt wäre, oder ob wirklich die erforderliche Willensunter-

---

*) Exner, Tradition S. 145; Hauser, Stellvertretung S. 49.

**) fr. 22. de prec. Si is qui pro possessore possideret precario dominum rogaverit ut sibi retinere eam liceret, vel is qui alienam rem emisset dominum rogaverit, apparet eos precario possidere nec existimandos mutare sibi causam possessionis, quibus a domino concedatur precario possidere.

ordnung vorhanden war. Bei dieser Frage hat er nicht die Stellung eines die Einrede der Simulation Vorschützenden, sondern er bestreitet die Schlüssigkeit einer Thatsache für eine andere Thatsache, und der Richter hat frei, die Concludenz zu würdigen.

Die Schlüssigkeit der Willenserklärungen für den Willenszustand ist eine verschiedene, je nachdem unter den Contrahenten die Besitzwechselfrage streitig ist oder zwischen einem Contrahenten und einem Dritten.

Jedem, der ein Richteramt bekleidet hat, sind die Fälle massenhaft vorgekommen, daß ein Wucherer einer armen Familie ihr Mobiliar abkauft auf Rückkauf und sich sodann einen Schein ausstellen läßt, nach welchem die Verkäufer die Sachen von ihm miethen. Versetzen oder veräußern alsdann die unglücklichen Verkäufer ein Stück, dann droht ihnen der Staatsanwalt mit der Unterschlagungsanklage. Der richtige Standpunkt gegenüber solchen Machinationen besteht darin, daß man den Leuten sagt, macht derartige auf ein constitutum possessorium zielende Verträge soviel ihr wollt, eure obligatorische gegenseitige Stellung mag auch durch dieselben regulirt werden, aber verlangt nur nicht, daß Dritte an die Realität der ausgesprochenen Intentionen glauben und daß ein euer Recht gegen Dritte befestigender Besitzwechsel angenommen werde.

Die gemeine Doctrin erklärt die communicatio sine traditione bei der societas omnium bonorum aus einem constitutum possessorium.

Die Römer sagen bezüglich dieses für uns unpraktischen Falles tacite creditur traditio intervenire*). Näher als die Erklärung durch constitutum scheint mir die Auffassung der coitio societatis omnium bonorum als einer Universalsuccession zu liegen, bei welcher der Eigenthumsübergang von dem Besitzübergange überhaupt ja emancipirt ist. Endlich wird auch hieher gerechnet die precarii rogatio des Pfandschuldners gegenüber dem Pfandgläubiger**). Diese Art der Besitzregulirung zwischen den Betheiligten berührte nach römischem Rechte nicht die Rechte Dritter, da ja schon das pactum hypothecae stets ein Recht gegen alle Dritte gewährte. Nach deutschem Rechte ist ein Pfandrecht an beweglichen Sachen gegen dritte Besitzer nichtverfolgbar, die Besitzübertragung mithin eine gegen Dritte für das Pfandrecht bedeutsame Thatsache. Da ein constitutum possessorium durch precarii rogatio Dritten gegenüber die wirkliche Willensconstellation unklar läßt und keinen Besitzwechsel darthun kann, so sind dem precario concedens niemals die Rechte eines Faustpfandgläubigers zuzusprechen. Man kann hier das römische Besitz-Recht bis auf den letzten Punkt anwenden und braucht nicht, wie Goldschmidt Ztschrft. IX. S. 16 will, die römischen Rechtsprincipien über Besitzwechsel aufzugeben. Eine besondere actio, das interdictum de precario, erwächst dem precario concedirenden Pfandgläubiger,

*) fr. 2 pro socio.
**) fr. 15. §. 2 qui satisdare cogantur.

für alle Dritten bleibt aber die Art und Weise, wie die Contrahenten die Besitzfrage als unter sich geordnet ansehen wollen, gleichgültig.

Nur aus dem Mangel an Verständniß der wesentlichen Momente in dem Vorgange des Besitzwechsels erklärt es sich, daß nach ziemlich allgemeiner*) Ansicht auch der durch einen Detentor ausgeübte Besitz durch constitutum possessorium übertragen werden könne. In den Quellen kommt kein derartiger Fall vor, aber von der falschen Auffassung des constitutum possessorium als eines Vertrages ausgehend, hält man natürlich den Umstand, ob der Tradent direct oder durch einen Vertreter die Ortsbestimmung ausübt, für gleichgültig.

Aus unserer Theorie heraus ist die Entscheidung sofort klar. Wenn ich direct die Ortsverfügung ausübe, dann bringt meine Willensunterordnung die Ortsverfügung über die Sache in Ursachenzusammenhang mit dem Willen des Empfängers. Basirt dagegen mein Herrschaftsbewußtsein auf der Willenssubjection eines Detentors, dann kann ich durch Erklärung meiner Willenssubjection gegenüber dem Empfänger doch nur versprechen, daß meine Befehle an den Detentor sich nach den Inspirationen des Empfängers richten solle. Der Tradent würde damit zwischen den Empfänger und den Detentor als vermittelnde Telegraphenstation sich einschalten, nach Oben hin die Rolle eines Organes, nach Unten hin die Rolle des Herrn spielen. Der Detentor kennt und respectirt nur den Tradenten als Herrn; bei der Verfügung über die Sache müßte der Empfänger sich erst mit einem Befehle des Tradenten ausrüsten. Durch den Eintritt einer solchen Willensconstellation wird nun aber offenbar nicht die zeitige Ortsbestimmung der Sache in Causalnexus mit dem Willen des Empfängers gebracht. Der Tradent kann immer nur versprechen, er werde den Detentor dergestalt beeinflussen, daß dieser den Anordnungen des Empfängers nachkomme. Die Knüpfung des Causalnexus zwischen dem Willen des Empfängers und dem Ortsschicksal der Sache ist damit als in der Zukunft liegend gedacht, der Besitzwechsel befindet sich noch in dem Stadium der Traditionsbereitschaft.

Allerdings ist nicht erforderlich, daß der Detentor eine bestimmte Person als Besitzer vor Augen und diesen als Herrn seinem Willen subjicirt habe; der Satz is possidet cujus nomine possidetur bedeutet nicht, daß nur der als Besitzer gelten könne, den der Detentor als solchen annehme.

fr. 30 §. 6 de poss. Si ego tibi commodavero, tu Titio qui putet tuum esse, nihilo minus ego possideo. Et idem erit si colonus meus fundum locaverit aut is apud quem deposueram apud alium rursus deposuerit. Et id per quamlibet plurium personarum factum observandum ita erit.

In dieser Stelle wird vorausgesetzt, daß die Weiterübertragung der Besitzausübung von dem Uebertragenden als getreuem Organe geschehen ist. Als solches braucht er hierbei nicht dem ferneren Detentor kenntlich

*) Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1 Abth. 2 S. 612 Note 22; Randa, S. 201 dagegen Ruhstrat, Dogm. Jahrb. Bd. 14. S. 341.

geworden zu sein. Der Causalzusammenhang zwischen dem Willen des Besitzers und der Ortsverfügung über die Sache wird nicht dadurch unterbrochen, daß der die Ortsverfügung Ausübende keine oder eine unrichtige Vorstellung über die eigentliche Person des Besitzers hat. Die Weiterbegebung darf nur nicht ein Heraustreten aus der Rolle eines Inhabers und eine Inpflichtnahme des ferneren Detentors für eigene Rechnung enthalten. Bleibt jeder Weiterbegebende in seiner Rolle und tritt nicht durch ein furtum aus derselben heraus, dann ist der Causalnexus wirklich vorhanden, wenn er auch für die späteren Glieder nicht bis zum Herrn hinauf ersichtlich ist. Aus diesem Satze, daß der Detentor den wirklichen Besitzer möglicher Weise gar nicht kennt, folgert Hauser S. 53. 54, daß der durch einen Vertreter Besitzende durch bloße Uebereinkunft auf einen Dritten den Besitz übertragen könne. Es ist aber ein Unterschied, ob dem Detentor ein neuer Herr gegeben werden soll, oder ob er beim Empfange der Sache nur darüber im Unklaren war, ob derjenige, welcher ihm die Sache anvertraute, in eigenem oder fremdem Namen handele. Im ersteren Falle schaffet die bloße Uebereinkunft zwischen Tradenten und Empfänger keinen neuen Causalzusammenhang zwischen Person und Ortsschicksal der Sache. In der bekannten l. 18 pr. de Vi haben wir auch eine Bestätigung hierfür. Der Verpächter eines Grundstücks hat erklärt, den Besitz an einen Käufer des Grundstücks übertragen zu wollen. Der Pächter soll zwar dem im Auftrage seines Herrn kommenden Käufer weichen, aber wenn er nicht weicht und sich widersetzt, dann verletzt er das Besitzrecht des Verkäufers und nicht des Käufers.

Der Besitzwechsel an detinirten Sachen ist gar nicht anders möglich, als daß der Detentor vom Erwerber in Pflicht genommen oder zum Weichen gebracht wird.

Der von Hauser gedachte Fall, daß Jemand, welcher ein Landgut durch seine Dienstpersonen bewirthschaften läßt, ohne dasselbe zu bewohnen, beim Verkaufe das Gut in Pacht behält, paßt übrigens auch gar nicht, denn jene Dienstpersonen sind keine Besitzer in fremdem Namen.

Savigny, welchem Ziebarth*) beistimmt, sagt gleichfalls:

Wenn die Bedingungen eines constitutum vorhanden sind, dann ist es gleichgültig, ob der Besitzer die Detention selbst hat, oder ein Dritter sie ihn verwaltet.

Savigny hat auch darin Recht, daß die Bedingungen des constituti possessorii nichts Abweichendes von den gewöhnlichen Besitzerwerbungsbedingungen enthalten, aber sie sind eben nicht vorhanden, wenn der Besitzer verspricht, daß er allen seinen Einfluß auf den Detentor dahin verwenden werde, daß der Detentor nicht ihm, sondern dem Empfänger gehorche. Und ein Mehreres kann er nicht versprechen.

Possidet cujus nomine possidetur. Das possidere hat hier eine doppelte Bedeutung. Einmal die mittelbare Ortsverfügung und das andere Mal die unmittelbare. Der Detentor unterscheidet sich vom

*) Savigny, S. 320 Note 1; Ziebarth, Realexecution Note 16.

Besitzer lediglich dadurch, daß er sich als Organ eines fremden Willens denkt. Die Ortsverfügung über die Sache stehet im Causalnexus zu seinem Willen, nur findet der Causalnexus hier nicht seine Endschaft, sondern die prima causa movens sitzt im Kopfe eines Andern. Hat der Detentor die Sache wiederum einem Andern anvertrauet, dann hört er auf Detentor zu sein. Aus dem beendigten Detentionsverhältnisse bleibt für den Besitzer nur das Resultat übrig, daß er den Anvertrauungsact als eigene That ansprechen kann, sollte auch der weitere Detentor über solche Eigenschaft desselben im Unklaren geblieben sein. Durch diese Ansprechung deducirt der Besitzer den Ursachenzusammenhang zwischen seinem Willen und der zeitigen Ortsbestimmung der Sache. Eine solche Deduction kann man jedoch nicht durch Bezugnahme auf bloße Erklärungen des Herrn liefern. Dieser hat als Besitzer in eigenem Namen dem Detentor die Sache übergeben und ein Wechsel in dem etablirten Causalnexus muß durch die Inpflichtnahme des Detentors erst hervortreten.

Wir werden später sehen, daß man nach Justinianischem Rechte von einer Detention an Immobilien eigentlich gar nicht mehr reden kann. Den Pächtern ꝛc. ist die Ortsverfügung gar nicht mehr dergestalt anvertrauet, daß sie durch Einräumung derselben an Dritte den Causalnexus zwischen Herrn und Sache stören könnten, sondern der Besitzer übt die Ortsverfügung unmittelbar animo aus, bis er animo decessit de possessione vel dejectus est. Hat aber das Organ aufgehört, ein nothwendiges Mittelglied zu sein, dann ist dessen Beiziehung im Falle des Besitzwechsels auch nicht mehr erforderlich. Nur darf man dann auch nicht mehr von Besitz in fremdem Namen reden.

Will man detinirte Sachen tradiren, so muß man mithin entweder zum Empfänger sagen „gehe hin und hole dir, ich rüste dich gegenüber dem Detentor mit dem diesen zu überbringenden Auftrage zur Verabfolgung aus", oder man muß den Detentor direct zur Uebergabe anhalten. Aus dem Stadium der Traditionsbereitschaft tritt alsdann der Vorgang erst durch die Apprehension des Empfängers heraus.

Diese kann auch darin bestehen, daß der Empfänger den Detentor in Pflicht nimmt und um einstweilige weitere Aufbewahrung ersucht. Die bloße Anzeige an den Detentor, daß kraft der vom Tradenten erhaltene Autorisation von nun an der Empfänger die Verfügung über die Sache sich zuschreibe, genügt nicht; der Detentor muß in Worten oder Werken seinen Willen geoffenbart haben, von nun an dem neuen Herrn unterthan zu sein.

In dem Handelsrechte spielt diese Art der Uebergabe eine ganz hervorragende Rolle, da die Waare, über deren Eigenthumsschicksal in dem gegenwärtigen Momente disponirt werden soll, in überwiegendem Umfange sich nicht in den Händen des Kaufmanns befindet, sondern irgendwo schwimmt und lagert unter fremder Aufsicht.

Bezüglich der Connossemente hat art. 649 des R. H. G. B. bestimmt:

Die Uebergabe des an Ordre lautenden Connossements an denjenigen, welcher durch dasselbe zur Empfangnahme legitimirt wird, hat,

sobald die Güter wirklich abgeladen sind, für den Erwerb der von der Uebergabe der Güter abhängigen Rechte dieselben rechtlichen Wirkungen, wie die Uebergabe der Güter.

Diese Gleichsetzung der Waarenpapierübergabe mit der Sachübergabe ist, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochen, so doch in ihren Consequenzen acceptirt für die indossabeln Ladescheine und von staatlich ermächtigten Anstalten ausgestellten Auslieferungsscheine*).

Es ist hier die Frage zu stellen, ob diese gesetzlichen Bestimmungen Ausnahmen von dem Satze traditionibus dominia rerum transferuntur enthalten, oder ob man auch stets, wo ein Eigenthumsübergang nach dem Gesetze anzunehmen ist, den erforderlichen Besitzwechsel entdecken kann.

Die letzte Frage bejahet die Mehrzahl der Autoritäten, indem sie theils den Indossanten ein constitutum possessorium vornehmen lassen, theils das Waarenpapier als einen juristischen Schlüssel ansehen, welcher direct den Besitz verschafft**).

Diese Versuche, einen Satz des römischen Rechtes mit dem Handelsrechte zu vereinigen, verwirft Ihering, Dogm. Jahrb. I. S. 179 und Exner, Tradition S. 187. Aber dabei sagt Ihering, der Schiffer sei Detentor des Abladers, macht mithin zu einer Zeit, wo der Ablader noch Besitzer ist, den Connossementsinhaber, wenn nicht zum dominus, stellt ihn aber domini loco, während Exner das Besitzverhältniß während des Transportes nicht genau bestimmt.

Das erlösende Wort ergiebt sich aus unserer Theorie und lautet dahin, daß Schiffer, Frachtführer und Depositare gar nicht Detentoren, sondern Besitzer zu fremdem Recht in eigenem Namen sind, Prodomini.

Dem Detentor gegenüber ist der Besitzer, was die Verfügung über die Sache anbelangt, in thesi berechtigt, ohne daß irgend wie zur Untersuchung kommt, welche obligatorische Rechte auf Benutzung der Sache der Detentor vielleicht hat. Letzterer ist zwar als solcher nicht zu einem bestimmten Handeln, zu einem positiven Gehorsam verpflichtet. Er hat jedoch, sobald der Besitzer es gebietet, die Hand von der Sache zu lassen und darf dem Besitzer nicht entgegentreten und sich als Mitprätendenten um den Besitz aufwerfen. In dem praejudicium uter melius possideat, durch welches der Herr dem renitenten Detentor gegenüber die bessere Berechtigung seines Besitzwillens zur Anerkennung bringen kann, können Rechtspunkte überall nur insoweit discutirt werden, als aus einem Rechtsverhältnisse zum Beispiel einem Miethvertrage auf einen für den Besitz relevanten Willenszustand geschlossen werden kann.

Diese für die Detention charakteristische Willensconstellation muß negirt werden, sobald der Inhaber der fremden Sache das Recht haben soll, dem Herrn gegenüber vor Verabfolgung der Sache die Frage zum

*) art. 302. 303. 313. 374. 382.

**) Wilda, Rechtslexicon II. S. 34; Beseler, Ztschrft. für deutsches Recht IX. 487; Hauser, Stellvertretung §. 15; Goldschmidt, Handelsrecht §. 73 Note 50 §. 75 Note 97.

Austrag zu bringen, ob auch die conditio reddendi vorliege. Alsdann hat sich der Inhaber bezüglich der Verfügung über die Sache nicht dem Willen in thesi des Herrn, sondern nur der conditio reddendi, dem hypothetisch berechtigten fremden Willen, unterworfen und ist bis zum Nachweis der hypothesis selbst der in thesi Besitzberechtigte. Seine Ortsverfügung über die Sache ist in thesi zunächst berechtigt und gewinnt nur dann den Charakter des Unrechtes, wenn sie als gegen die conditio reddendi verstoßend nachgewiesen wird.

Welche Vorstellung über das Eigenthumsverhältniß an der Sache man habe — animus domini — ist für die Besitzcontroverse ganz gleichgültig. Ein unberechtigtes Besitzenwollen eines Nichteigenthümers wird als solches erst klargestellt durch die Offenlegung der rechtsbegründenden Thatsachen in petitorio; bis zu solcher Offenlegung ist die Meinung der Besitzrivalen über die obwaltenden Rechtshypothesen eben nur eine gleichgültige Meinung. Aber auch wenn der Inhaber einer Sache das Eigenthum des Andern überall nicht bestreiten will und anerkennt, daß die Sache mit Willen des Eigenthümers unter Fortbestand des Rechts desselben in seine Hände gelangt ist, dann folgt aus solcher Anerkennung noch lange nicht, daß er den Detentionswillen habe. Mit der Fremdheit des Eigenthums erkennt man durchaus noch nicht an, daß eine jede eigenwillige Verfügung über die Sache ein baares Unrecht sei. Es kommt darauf an, ob zwischen Eigenthümer und Inhaber ex hypothesi sich bestimmen soll, wie Letzterer mit der Sache verfahren soll oder ob der Wille in thesi des Herrn als Richtschnur für den Detentor zu dienen hat. Im ersteren Falle kann der Prodominus mit der Verfügung über die Sache die Realisirung eines eigenen Rechtes auf Sicherung oder Gebrauch bezwecken, er kann jedoch auch lediglich zu fremden Zwecken über die Sache verfügen wollen, wie der Sequester. Wenn Jemand in der Verfügung über die Sache seine Sicherheit findet, dann kann er niemals den Detentionswillen haben. Die sächliche Sicherheit hat ja gerade den Zweck von dem guten Willen der Person die Rechtsverwirklichung unabhängig zu machen, mithin kann derjenige, welcher in der Verfügung über die Sache seine Garantie findet, niemals von dem Willen des anerkannten Eigenthümers in thesi abhängig sein wollen.

Sobald bewegliche Sachen oder Werthpapiere mit dem Willen des Herrn auf Grund von Handelsgeschäften in die Hände eines Gläubigers des Herrn gekommen sind, hat der Gläubiger nach art. 313 des R. H. G. B. ein Zurückbehaltungsrecht, wenn nicht vor oder bei der Uebergabe ausgemacht ist, daß in einer mit einem solchen Rückbehaltungsrechte nicht vereinbarten Weise mit den Sachen verfahren werden soll.

Das Zugeständniß des Retentionsrechtes entnimmt die Frage, wann und ob herausgegeben ist, der freien Willensdisposition des Herrn und knüpft sie an die Nichtexistenz eines Deckungsanspruchs, also an eine negative conditio reddendi. Eine unbedingte Willensunterwerfung muß ausdrücklich erklärt sein, sonst wird gegen sie präsumirt.

Der Artikel des Handelsgesetzbuches enthält mithin einen wichtigen Grundsatz für die Interpretation des Willens der Besitzer fremder Sachen. Und gewiß entspricht die diesem Grundsatz gemäße Interpretation der gegenwärtigen Anschauung des Volkes und insbesondere des Handelsstandes. Sie ergiebt nicht einen fictiven Willen, sondern das reale Willensverhältniß. Nicht im Besitzrecht ist eine Wandlung eingetreten, wohl aber in einer thatsächlichen Voraussetzung des Besitzes. Wenn im Verkehre fremde Sachen mit dem Willen des Eigenthümers zu vorübergehenden Zwecken in unsere Hände gelangen, ist eine Willensunterwerfung in Wirklichkeit gar nicht vorhanden. Wir wollen mit fremden Sachen pflichtmäßig verfahren, aber unsere Pflicht und unser Recht objectiv bemessen sehen und nicht erst in possessorio unterliegen, um hernach in petitorio zu siegen.

Daß die Güter in die Hände des Transportanten und des gewerbsmäßigen staatlich ermächtigten Depositars durch ein Handelsgeschäft gelangen, ist kein Zweifel. Der Verfrachter und der Frachtführer haben außerdem noch ein gesetzliches Pfandrecht an den beförderten Gütern und wird hierdurch die Undenkbarkeit eines Detentionsverhältnisses in noch helleres Licht gestellt.

Bei Durchführung der Behauptung, der Schiffer und Frachtführer detinire, kommt man denn auch zu Undenkbarkeiten.

Goldschmidt, Handelsrecht, sagt S. 723:

„Die Connossementsbewegung ist Bewegung der Waarendetention und nur dieser. Es kann nicht allein der juristische Besitz, sondern auch die Detention, welche keineswegs ein blos factisches Verhältniß, sondern die Voraussetzung mancher Rechte und deren Ausübung sei, durch Repräsentanten erworben und ausgeübt werden."

Goldschmidt denkt sich mithin die Detention des schwimmenden Gutes als durch eine Kette von Organen bis zum Schiffer hin fortgesetzt, den Schiffer als unterstes Ende der Kette, den Connossementsinhaber je nach der seiner Innehabung entsprechenden Willenslage als Mittelglied oder als oberstes Glied der Kette. Er schreibt mithin jedenfalls dem Schiffer Detentionswillen zu.

Hauser §. 15 sagt:

„Die Innehabung der Güter stehet demnach bezüglich der Person, für welche sie stattfindet, unter der Bedingung der Begebung des Verfügungspapieres."

Die Folge davon ist eine Detention für eine erst durch den Eintritt einer Bedingung sich bestimmende Person. Wer in dem Augenblicke des Transportes besitze? wird damit zu einer schwebenden Frage.

Nun haben wir aber schon früher gesehen, daß ein pendenter Besitz eine ebensolche Absurdität ist, wie ein heute zu genießendes Mittagsmahl nach einem erst morgen festzustellenden Speisezettel.

Ein Blick in das Handelsgesetzbuch lehrt uns, daß Schiffer und Frachtführer nur der conditio reddendi nicht einem in thesi erst einmal zu befolgenden Willen unterworfen sind. Nach Zeichnung des indossirbaren Waarenpapiers haben sie nur darauf zu achten, ob die eigenthümlich gestaltete gesetzliche conditio reddendi vorliegt. Eine

Controverse uter melius possideat zwischen den betreffenden Personen und dem Absender oder Empfänger ist geradezu undenkbar, das heißt, müßte unbedingt zu Gunsten des Prodominus entschieden werden. Wer die Waaren von ihnen heraushaben will, muß diejenigen juristischen Thatsachen nachweisen, in denen die conditio reddendi bestehet, macht also ein jus in hypothesi geltend.

Bei einem Besitze des Prodominus findet nur die Schwierigkeit statt, wie man alsdann eine Eigenthumsübertragung fertig bekommen könne.

Diese Schwierigkeit, mit welcher Ziebarths anregendes Buch beginnt und welche dieser Schriftsteller bei der Detention als nicht vorhanden nachweiset, scheint den vertragsmäßigen Eigenthumsübergang wegen Unmöglichkeit der Tradition ganz auszuschließen, wenn der Eigenthümer nicht besitzt.

Im römischen Rechte würde der Besitz des Faustpfandgläubigers einen Fall bilden, bei welchem in Frage kommen könnte, ob man nicht auch schon vor der Auslösung einen Weg schaffen müsse, wie der Eigenthümer der den Pfandschilling an Werth übersteigenden Sache sein Eigenthum veräußern könne. Das Verkehrsbedürfniß war aber hier jedenfalls nicht dringend genug, um das Traditionsprincip zu durchbrechen und wurde deßhalb auch in diesem Falle der Eigenthumsübergang auf den Zeitpunkt der Besitzerlangung hinausgeschoben. Derselbe Aufschub fand statt, wenn der Eigenthümer deßhalb nicht besaß, weil ein Unbefugter den Besitz an sich genommen hatte. Durch die Klagencession — sei es der actio pigneraticia oder der rei vindicatio — erhält der Cessionar nur ein Verfolgungsmittel, um den Besitz zu erlangen*). Wir können uns die Wirkungen der Vindicationscession am besten klar machen, wenn wir auf den zu Anfang der Lehre von dem Besitzbeginne gefundenen Begriff von Singularsuccession zurückgreifen — Erstreckung der Wirkung rechtsbegründender Thatsachen auf ein neues Subject mit Aufhören derselben für das frühere. In der Vindicationscession wird keine zur Hypothesis derselben gehörige Thatsache in der subjectiven Richtung ihrer Wirkung alterirt; nur für den Cedenten bleibt der Eigenthumserwerbsgrund von Effect; der unbefugte Besitz enthält nur eine Kränkung seines Rechtes. Daraus folgt dann aber direct, daß die Vindicationscession nicht, wie die Cession eines Forderungsrechtes einen Successionsfall bildet, sondern daß nur ein obligatorisches Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar dahin geschaffen wird, daß der Cedent die dem Cessionar ertheilte Vollmacht zur Ausübung eines bei ihm selbst verbleibenden Anspruches nicht zurücknehme oder vereitele. In den Pandecten wird die Vindicationscession als Auskunftsmittel nur in den Fällen erwähnt, daß der Eigenthümer die Litisästimation empfängt oder die von ihm zu leistende Sache wegen Nichtbesitzes nicht leisten kann**).

---

*) fr. 46. 47 de poss. Schmidt, Cession II. S. 329 Note 5.

**) fr. 21. 63 de R. V. fr. 25 §. 8 loc. fr. 12 de re jud. fr. 35 §. 4 de contr. empt. fr. 21 in f. de her. vend. fr. 31 de A. E. V. fr. 14 pr. 80 pr. de furtis. fr. 39 de don. int. vir. et ux.

Von einer Cession der Vindication, im Falle der Cedent selbst oder in seinem Namen ein Prodominus besitzt, ist nirgends die Rede. Es wäre auch ein seltsamer Vertrag, wenn ich Jemandem verspräche, daß, sobald mir in Zukunft einmal ein Eigenthumsunrecht zugefügt werden sollte, er dann den Sühnungsanspruch für eigene Rechnung verfolgen dürfe. Auf einen solchen Vertrag wird der Verkehr nie kommen und ist es deßhalb ein gewaltsames Unternehmen, wenn die construirende Jurisprudenz auf einmal die Connossements-Begeber und Empfänger belehren will, daß sie einen solchen Vertrag geschlossen hätten*). Die Vindicationscession ist mithin weiter nichts als eine Erklärung der Traditionsbereitschaft, eine missio ad possidendum unter Bevollmächtigung des missus zur Geltendmachung eines dem Cedenten zustehenden Rechtsbehelfes behuf Erlangung des Besitzes und unter dem oft durch Stipulationen unterstützten Versprechen, die missio nicht zurückzunehmen oder zu vereiteln. Ein Surrogat für die Besitzübergabe, falls ein Prodominus oder ein Unbefugter besitzt, kann die Abtretung der dinglichen Klage nicht sein.

Für diesen Fall hat vielmehr unser Handelsrecht, welches im Allgemeinen den römischen Grundsatz der Knüpfung der Eigenthumsbewegung an die Besitzbewegung acceptirt, im Interesse des Verkehres eine Modification dieses Grundsatzes eintreten lassen.

Die den Prodominus bindende conditio reddendi ist hier durch die Bestimmungen über die indossabeln Waarenpapiere besonders gestaltet. Der Anspruch aus dem Transport- oder Verwahrungsvertrage in dem lediglich aus der ausgestellten Urkunde erhellenden Umfange geht durch die Begebung auf den Indossatar über; es findet eine wirkliche Singularsuccession in ein Forderungsrecht statt, welche sich dadurch auszeichnet, daß die dasselbe begründende juristische Thatsache isolirt auf den Successor erstreckt wird, während sonst der Forderungscessionar sich gefallen lassen muß, daß ihm Einwände aus allen möglichen vor der Certioration zwischen Cedenten und Schuldner eingetretenen den cedirten Anspruch modificirenden juristischen Thatsachen entgegengehalten werden.

Die Eigenthumsbewegung an auf dem Transport oder in Verwahrung befindlichen Gütern ist nun durch art. 649 und dessen Ausdehnung auf Lade- und Extraditionsscheine dahin erleichtert, daß die Contrahenten der Begebung des Waarenpapieres bezüglich der in demselben erwähnten auch wirklich deponirten oder abgeladenen Waaren dieselbe Wirkung beilegen kann, wie dem Besitzübergange.

Der Uebertragung des Forderungsrechtes auf Herausgabe der Sache gegen den Prodominus kann um so eher die Nebenwirkung der Eigenthumsübertragung gestattet werden, je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, daß in der Zwischenzeit — zwischen Abfahrt und Ankunft oder während der Verwahrung — die Waaren aus der ihr vorgezeichneten Bahn in den Verkehr geworfen werden können. Es muß thunlichst die Möglichkeit vermieden werden, daß man glaubt, ein Recht an einer Sache erworben zu haben und dann doch nicht erworben hat,

*) Ihering, Dog. Ztschrft. I. S. 177.

eine Möglichkeit, die bei dem nudum pactum de dominio transferendo in gefährlicher Nähe liegt. Hieraus erklärt sich auch die gesetzliche Beschränkung auf solche Extraditionsscheine, welche von staatlich ermächtigten Anstalten ausgestellt sind. Bei Connossementen, welche in mehreren Exemplaren ausgestellt zu werden pflegen, kann allerdings der Fall eintreten, daß man ein Papier begeben erhält, während ein Duplicat schon begeben ist, und daß man somit nach art. 651 demjenigen Concurrenten, dessen Papier von dem gemeinschaftlichen Vormann zuerst übertragen ist, nach art. 651 weichen muß. Bei Uebergabe der Sache selbst kann ein solcher illusorischer Eigenthumsübertragungsvertrag, außer wenn die Sachen gestohlen und verloren waren, nicht stattfinden. Aber diese Gefahr ist sehr gering, da nur im Falle eines Delicts eine solche doppelte Girirung denkbar ist. Die Möglichkeit eines Betruges ist nicht ganz auszuschließen, aber das Handelsrecht braucht nicht darauf Rücksicht zu nehmen, da es nicht geschrieben ist, um Spitzbuben gegen einander in Ordnung zu halten. Läßt sich eine Priorität der Begebung nicht nachweisen oder ist eine gleichzeitige Begebung erwiesen, dann kann man nicht mit Goldschmidt die Sache so reguliren, als wenn kein Connossement ausgestellt wäre, denn dann könnten die Gläubiger des betrügerischen vielleicht insolventen Abladers die Güter zur Masse ziehen und den sich streitenden Connossementsinhabern eben wegen ihres Streites alles nehmen. Es bleibt nichts übrig, als eine communio incidens bei welcher partes concursu fiunt anzunehmen. Wie früher dargelegt ist, kann bei mehreren Besitzprätendenten, auch wenn das Zünglein in der Waage schwankt, niemals Mitbesitz pro parte quota zugesprochen werden; bei dem Eigenthum liegt die Sache anders. Das Recht in hypothesi ist theilbar, das Recht in thesi dagegen untheilbar, soweit die Mitbesitzer nicht selbst die Theilung wollen und sich gegenseitig anerkannt haben.

Savigny erörtert in §. 16 diejenigen Fälle, in denen ohne wirkliches Ergreifen Besitz erworben werde. Nach ihm soll die unmittelbare Gegenwart und die besondere custodia, welche wir vermöge der Herrschaft über unser Haus an den in dasselbe gebrachten Sachen haben, die Ergreifung ersetzen können.

Das Auffällige an den von Savigny hervorgehobenen Fällen bestehet darin, daß der Besitzerwerb an beweglichen Sachen vor sich gehet, bevor noch dieselben durch eine von dem Willen des Erwerbers ausgehende Kraft von der Stelle bewegt sind und ihre Ortsbestimmung erhalten haben. Die Traditionsobjecte beharren an der Stelle, die ihnen der Willen des Tradenten angewiesen und doch hat der Besitzwechsel stattgefunden. Der Grund liegt darin, daß zur Annahme eines Causalnexus zwischen dem Besitzwillen und dem Ortsschicksal der Sache eine Locomotion derselben durch den Apprehendenten hier nicht erforderlich ist. Ein Belassen an dem vom Tradenten der Sache gegebenen Orte, während ebensogut eine andere Ortsverfügung getroffen werden konnte, stellt auch den Causalnexus als vorhanden dar. Der Besitzwechsel schließt nicht nothwendig einen Raumwechsel der Sache in sich. Nur muß das Belassen wirklich ein ortsbestimmender Act sein. Die That des Tradenten, welcher die Sache dahin brachte, wo sie sich be-

findet, wird zur That des Empfängers, der nach dem Weichen des Tradenten und deßhalb ohne Furcht eines Conflictes mit demselben, über die Sache weiter disponiren konnte und durch Belassen am Flecke disponirte.

fr. 79 de sol.: Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te jubeam: efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat: nam tum quod a nullo corporaliter possessio ejus rei detineretur, adquisita mihi et quodam modo manu longa tradita existimanda est.

Es ist mit Lenz*) auf das Geheiß des Gläubigers Gewicht zu legen. Sobald der Tradent auf Befehl des Empfängers unter dessen Augen der Sache einen Ort angewiesen hat, tritt die Causalität dieser Ortsanweisung mit dem Willen des Empfängers klar hervor. Der Tradent hat diese Ortsbestimmung nicht um zu besitzen, sondern um den Besitz aufzugeben getroffen, deßhalb ist der Causalnexus zwischen ihm und der Sache aufgehoben — a nullo corporaliter possessio rei detinetur. Manu longa tradita nennt der Jurist die Sache, weil die Beziehung der gegenwärtigen Ortsverfügung auf den Willen des Empfängers nicht aus einer unmittelbaren Handbewegung desselben erhellt.

Indem ich der Reihenfolge von Savigny's §. 16 nachgehe, möchte ich einen dort begriffenen Fall als gar nicht hieher gehörig abweisen.

Savigny führt als Beispiel des Ersatzes der Ergreifung durch die unmittelbare Gegenwart auch den Fall an, daß der Empfänger A. den Tradenten B. anweiset, dem mitgegenwärtigen C. die Sache zu übergeben.

Hiebei ist nicht die Frage, ob ein Besitzwechsel zwischen A. und C. stattgefunden habe, denn dieser ist ganz klar. Die Schwierigkeiten, welche die römischen Juristen lösen wollten, liegt an anderer Stelle.

Falls der Besitzübergang als Hypothesis eines Realcontracts oder der Perfection einer Schenkung wirken würde, dann fragt es sich, ob, wenn auf Geheiß des Empfangensollenden einem Dritten tradirt ist, für den Ersteren diese Tradition dieselbe verpflichtende und rechtsbegründende Wirkung habe, wie die Tradition an ihn selbst. Wir bejahen diese Frage unbedenklich. Die römischen Juristen waren aber sehr ängstlich hierin, wie fr. 15 de R. C. und fr. 34 pr. mand. darthun.

In fr. 1 §. 21 de poss.**) will Paulus den Fall „si nummos debitorem jusserim alii dare" in dieser Richtung prüfen.

Er nimmt zuerst an, daß ein Verkäufer dem Procurator des Käufers in dessen Gegenwart die Sache übergiebt, und berichtet die Entscheidung des Priscus: „videri mihi traditam". Der Ton ist auf mihi zu legen und soll gesagt sein, daß darauf nichts ankomme, ob der Procurator auch wirklich den animus habe, ut operam duntaxat suam

*) S. 187.

**) fr. 15 de R. C. Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Windscheid, Pand. §. 370, Note 10.

accommodaret.*) Der vorhergehende Paragraph hat gerade dieses Erforderniß besprochen. Aus der Gleichgültigkeit des Procuratorwillens wird dann gefolgert, daß mir tradirt erscheine, auch wenn auf mein Geheiß die gegenwärtige Sache einem Dritten, Nichtprocurator, verabfolgt sei. Damit hat nicht gesagt werden sollen, daß ich in Folge solcher Tradition wirklicher und bleibender Besitzer geworden sei, sondern, daß bezüglich der obligatorischen und dinglichen Wirkungen die Sache so angesehen werden müsse, als wenn die Sache erst mir und von mir, dessen Besitz sich nur auf einen ideellen Moment beschränkt, weiter tradirt sei.

Noch klarer tritt dieser Gesichtspunkt hervor in fr. 31 §. 1 de don.**).

Die Frage ist hier an perfecta sit donatio? Dazu gehört die Tradition an die Schenknehmerin. Wird auf deren Geheiß in ihrer Gegenwart einem Dritten die Sache übergeben, dann hielt man es für nöthig, um die Perfection der Schenkung herauszubringen, sie als Durchgangsbesitzerin zu construiren. Die Construction eines solchen Durchgangsbesitzes erschien aber nur zulässig, wenn der ganze Vorgang in Gegenwart der Schenknehmerin sich ereignet hatte. Wir fühlen dieses Bedürfniß zur Annahme einer perfecten Schenkung nicht mehr, haben aber jedenfalls diesen nur als Hypothesis eines anderen Rechtes fungirenden Durchgangsbesitz in der Besitzlehre nicht weiter zu beachten.

Bei der weiteren Ueberschau der Gestaltungen des Lebens kommen wir zu dem häufigen, dem jussu meo in conspectu meo ponere naheliegenden Falle, daß der Trabent auf mein Geheiß die Sache in meinem Hause niederlegt***).

Der Causalnexus zwischen der Ortsbestimmung der Sache und meinem Willen ist hier durchleuchtend. Man darf nur die Sache nicht so verstehen, daß das Niederlegen in meinem Hause, ohne daß irgend ein Hausgenosse davon Kenntniß genommen hat, mir den Besitz verschaffe, sondern der Besitzwechsel findet nur statt, quamquam id nemo dum

---

*) Si jusserim venditorem procuratori rem tradere cum ea in praesentia sit: videri mihi traditam Priscus act: idemque esse si nummos debitorem jusserim alii dare: non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu: et argumento esse eas res quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt ut columnas, nam pro traditis eas haberi si in re praesenti consenserint et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint.

**) Species extra dotem a matre filiae nomine viro traditas, filiae quae praesens fuit. donatas et ab ea viro traditas videri respondit.

Frag. Vat. 254 Paulus V. 11. §. 1. Species extra dotem a matre in honorem nuptiarum praesente filia genero traditae donationem perfecisse videntur.

***) fr. 18 §. 2 de poss. Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.

fr. 9 §. 3 de jure dotium. Quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur.

attigerit. Die Wohnung, mag nun das Haus gehören, wem es wolle, und die Nutzung auf beliebigem Rechtstitel beruhen, ist ein stets von den Hausgenossen beobachteter Raum. Ein Wahrnehmen und Verstehen der Niederlegungshandlung durch die als Organ des Hausherrn fungirende Familie ist erforderlich, findet aber auch immer statt. Wenn Jemand in mein zwar bewohntes aber zur Zeit verlassenes Haus eine Sache hineinbringt und nach einiger Zeit, während noch Niemand seine Handlungsweise bemerkt und verstanden hat, wieder fortholt, dann kann ich ganz gewiß weder die Besitzcontroverse gegen ihn als clam possidens aufwerfen, noch aus seinem Concurse die Sache vindiciren. Die Luft des in eigenem Gebrauche befindlichen Hauses hat keineswegs, wie man mit Savigny annehmen müßte, eine besitzaneignende Wirkung. Der römische Jurist hat durch seinen Ausspruch, daß wir die in unserem Hause niedergelegte Sache gewöhnlich besäßen, nicht von der Construction des erforderlichen Causalnexus in jedem einzelnen Falle dispensiren wollen, sondern nur nach der negativen Seite hin uns ermahnt, den Besitzwechsel nicht zu leugnen, weil noch Niemand die Sache ergriffen habe. Von dieser Befugniß zum eigenen Denken in jedem concreten Falle sollten wir aber Gebrauch machen.

Ich komme jetzt zu der häufigsten Art der Besitzübergabe beweglicher Sachen ohne Locomotion, dem prägnanten Belassen an der bisherigen Stelle.

Da der Causalnexus bei dem Belassen nicht in einer körperlichen Kraftentwickelung auf die Sache hervortritt, so reden die römischen Juristen hier von animo adipisci possessionem im Gegensatz von corpore apprehendere. Die Sache ändert ihr Gravitationsverhältniß zu der Person, ohne daß sie durch den Willen und die Kraft des Besitzbeginners in eine neue Bahn gelenkt wird. Die Veränderung in der Sachlage, welche den Besitzwechsel darstellt, bestehet nicht in einer Raumverschiebung, sondern in einem Wechsel der Vorstellungen in den Köpfen des Tradenten und des Empfängers. Ein solches animo adipisci possessionem kommt nur bei der Tradition, nicht etwa auch bei der Occupation vor*). Wenn ich den wahrgenommenen Schatz dort lasse, wo ich ihn bemerkt habe, dann erscheine ich als noch nicht aus dem Zweifelsstadium, ob ich besitzen will oder nicht, herausgetreten. Das Wo? der zu occupirenden Sache ist durch elementare Kräfte oder durch den Willen eines Dritten, der nicht im Einverständnisse mit mir stehet, bestimmt. Daß fortan mein Willen und nicht ferner die bisherige Ortscausa die Sache regiere, muß durch eine Locomotion hervortreten. Löset hingegen mein Besitzwillen den Willen des mit mir einverstandenen Tradenten ab, dann kann ich die That des Letzteren, das heißt die gegenwärtige Ortsbestimmung der Sache, als meine eigene That ratihabiren, nur muß klar hervortreten, daß fortan nicht der Tradent, sondern der Empfänger die Sache dort beläßt, wo sie eben ist.

Man muß jedoch bei den Quellenstellen im Auge behalten, daß dieselben nicht Aussprüche über Rechtssätze, sondern nur Aussprüche über die Concludenz von Thatsachen enthalten.

---

*) fr. 3 §. 3 de poss.

fr. 1 §. 2 de periculo et comm.: Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri: Labeo contra. Quod et verum est, magis enim ne summutetur signari solet, quam ut tradi tum videatur.

Die Entscheidung hängt davon ab, welche Bedeutung nach Anleitung der herrschenden Sitte dem Zeichnen beizulegen ist. Die Differenz zwischen Trebatius und Labeo ist also keine Controverse über einen Rechtssatz, sondern über die Auslegung von Worten und Werken. Es fragt sich, ob der Verkäufer mit Zulassung der Signatur dem Käufer die Freiheit geben wollte, von nun an frei über die Sache zu verfügen und dieser sich alsdann zur einstweiligen Belassung an Ort und Stelle entschloß, oder ob der Verkäufer nur gestatten wollte, daß der Käufer die Identität der gekauften Species feststelle.

Bei Bauholz wird die erste Auslegung gewählt.

fr. 14 §. 1 de per. et comm.: Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.

Wenn Savigny den Grund des Unterschiedes dahinein legt, daß man den Wein verschlossen, das Bauholz unverschlossen aufbewahre, der Käufer aber nicht Besitz erwerben könne an Sachen, zu welchen ihm vermöge des Verschlusses der Zugang nicht jeder Zeit frei stehe, dann hat er insofern Unrecht, als er den Unterschied auf einen Rechtssatz stützen will — Besitz ohne „physische Möglichkeit“ der Einwirkung findet nicht statt. Aus dem Verschlusse ist allerdings ein Grund gegen die Annahme der Tradition des Weines herzuleiten, aber nur ein Interpretationsgrund, dahin gehend, daß eine Belassung unter dem Verschluß des Verkäufers ohne constitutum possessorium nicht leicht als freie Ortswahl ausgelegt werden kann, sondern einem Aufschub der Tradition ähnlicher siehet. Eine andere Auslegung im concreten Falle ist aber auch sehr wohl denkbar. Wenn der Käufer bittet, der Verkäufer möge ihm die Lagerung des Weines in dem von Ersterem verschlossen zu haltenden Keller einstweilen noch gestatten, der Verkäufer dabei die Uebernahme einer jeden Aufbewahrungspflicht ablehnt, dann kann man das Belassen an einem commodirten Platze als freie Ortswahl auslegen.

fr. 51 de poss. Quarundam rerum animo nos apisci possessionem Labeo ait; veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me jusserit, simul atque custodiam posuissem traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. Sed videamus ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi, an et cuilibet jusserim custodia tradatur; in eo puto hanc quaestionem consistere, an etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sint, nihilo minus traditae videantur; nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat; utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda.

In dieser Stelle wird dargelegt, daß das animo acquirere nicht etwa deßhalb anzunehmen sei, weil man nicht sich selbst, sondern einen Andern als Wache zu dem Holzhaufen gestellt habe; vielmehr liege das

Eigenthümliche des animo acquirere darin, daß die Sache nicht von der Stelle bewegt sei.

Wie das animo acquirere vor sich gehe, wird nicht erklärt; der Jurist beschränkt sich hier auf eine allgemeine Redensart — animi quodam genere possessio erit aestimanda — welche darthut, daß er zwar intuitiv zu einer richtigen Entscheidung kommt, den Weg dahin aber nicht kennt.

Bei der Aufstellung einer Wache im Einverständniß mit dem Tradenten wird klar, daß der selbst oder durch einen Vertreter Bewachende von nun ab die Fürsorge übernimmt, daß die Sache dort bleibe, wo sie sich befindet. Das Belassen unter Bewachung trägt mithin den unverkennbaren Charakter der Ortsbestimmung.

Ferner kann das Belassen der zu übergebenden in einem verschlossenen Raume aufbewahrten Sache nach Entgegennahme der Schlüssel als Ortsbestimmung erscheinen. Savigny verspottet diejenigen Rechtslehrer, welche an eine symbolische Wirkung der Schlüsselübergabe gedacht haben, da man doch zunächst an die natürliche Wirkung — Befähigung zum Aufschließen — zu denken habe. Lenz hält für das Wesentliche, daß man mit dem Schlüssel die Thür nicht auf-, sondern zuschließet.

Ich habe schon früher hervorgehoben, daß unser Herrschaftsbewußtsein nicht die günstige Vertheidungsposition zum Grunde hat, sondern das Vertrauen auf den Rechtsschutz. Wenn nur die gegenwärtige Ortsbestimmung der Sache als meine That sich darstellt und die Ortswahl meinem Besitzwillen documentirt, dann ist es für meinem Besitz ganz gleichgültig, ob die Sache sich in einer exponirten Lage befindet oder nicht. Der Prätor schützt meinen in thesi berechtigten Besitzwillen und dieser Schutz bietet mir größere Sicherheit als Schloß und Riegel. Die Maßregeln, durch welche ich meinen Besitz gegen Angriffe schütze, dienen rechtlich nur zum Beweise, daß ich besitzen will.

Wenn nun der Tradent in Gegenwart der zu tradirenden Sache, das heißt in solcher Nähe derselben, daß der Empfänger unmittelbar zur Verfügung über dieselbe schreiten kann, seine Traditionsbereitschaft erklärt, dann bedarf es nur noch eines Actes des Empfängers, durch welchen derselbe bekundet, daß er die gebotene Gelegenheit benutze, um über die Sache zu verfügen. Documentirt der Empfänger seinen Willen dahin, die Sache einstweilen zu belassen, wo sie ist, dann läßt sich diese Entscheidung entweder als Aufschub der Tradition oder als gegenwärtige Ortsverfügung verstehen. Man wird das Eine oder das Andere annehmen, je nachdem die Ortswahl erstlich eine freiwillige ist, eine wirkliche Wahl, und zweitens, je nachdem die Ortswahl auch eine solche ist — custodiae causa — welche für den dauernden Besitzwillen Zeugniß redet. Bleibt die Sache unter dem Verschluß des Tradenten in dessen Behausung, ohne daß das Verhalten desselben durch ein constitutum possessorium oder ein commodatum loci geregelt wird, dann liegt der Verdacht nahe, daß auch bei den bündigsten Traditionserklärungen die Betheiligten den Besitzübergang nur als Effect des Vertrages, das heißt nur den für ihre sonstigen rechtlichen Beziehungen

bedeutsamen processualen Schein des Besitzwechsels herstellen wollten, ohne daß eine reale Veränderung in der Gravitation der Sachen um die Personen eingetreten ist. Andererseits ist bei schwer beweglichen Sachen — columnae fr. 1 §. 21 de poss. — das Belassen an Ort und Stelle in der Regel als eine wirkliche Ortsbestimmung anzusehen, da bei dem Consens des Tradenten in Gegenwart der Sache die Ortswahl als eine freiwillige und verständige erscheint.

Gebe ich dem Empfänger die Schlüssel zu dem in unmittelbarer Nähe befindlichen Waarenspeicher, damit derselbe sich bestimmte Güter hole, während die übrigen Güter mir verbleiben sollen, dann ist auch mit der Schlüsselübergabe die Sache noch nicht über die Traditionsbereitschaft hinaus gediehen. Sollen aber sämmtliche im Speicher lagernde Waaren übergeben werden, dann kann der Abnehmer sich dahin entscheiden, einstweilen den Speicher verschlossen und die Waare in demselben belassen, vorausgesetzt, daß ein Consens des Tradenten und Herrn des Speichers anzunehmen ist, daß die Lagerung in seinem Speicher bis zu der für den Käufer gerade passenden Zeit der Fortschaffung dauere (commodatum loci) und die Schlüssel nicht in der Absicht übergeben sind, daß sofort die Waaren aus dem Speicher entfernt werden sollten. Im letzteren Falle ist die Uebergabe der Schlüssel nur eine Anweisung: „Gehe hin und hole dir" unter Ausrüstung mit einem Mittel zum Holen.

So nehme ich an, daß fr. 9 §. 6 de a. r. d. fr. 1 §. 21 de poss. fr. 74 de contr. emt.*) der Inhalt der Speicher oder der cella vinaria verkauft ist und daß der Käufer mit den übergebenen Schlüsseln in der Tasche nach Hause gegangen ist, um die Waaren einstweilen im Speicher ferner zu bewahren, daß auch die Schlüsselübergabe die Erlaubniß für den Abnehmer enthielt, so zu verfahren.

Die Schlüssigkeit von Thatsachen ist niemals absolut, sondern immer nur concret zu bestimmen. Für die quaestio voluntatis giebt es keine unbedingt geltende Rechtsregeln, sondern nur aus dem gemeinen Verstande entnommene Interpretationsregeln. Der Fehler der neueren Besitzrechtslehrer bestehet darin, daß sie nicht genau festgestellt haben, was gewollt sein muß — dies ist die rechtswissenschaftliche Frage — dahingegen für die Frage, ob etwas gewollt ist im heutigen Verkehre, unter Verzicht auf das eigene Denken die Aussprüche der alten römischen Juristen heranziehen.

Zum Schluß möchte ich noch einen neuen Interpretationsversuch an der vielerklärten §. 1 C. de don. machen.

---

*) fr. 9 §. 6 de a. r. d. Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit, transfert proprietatem mercium ad emtorem.

fr. 1 §. 21 de poss. . . . vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori tradita fuerint.

fr. 74 de contr. emt. Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint.

„Emtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. (Severus et Antoninus.)

Savigny supponirt die Gegenwart der Sclaven bei Uebergabe, Baron, daß der Schenkgeber Vater des Schenknehmers war. Beide Suppositionen lassen das Rescript gerade den für die Ausnahmsentscheidung wesentlichsten Umstand übergehen und befriedigen dann auch noch lange nicht*).

Die Rudorff'sche Erklärung — Anhang Nr. 63 — bringt schon etwas mehr Licht in die Sache. Nach dieser Erklärung bezeugen die Sclavenkaufbriefe die Mancipation an den Käufer und die Besitzdocumente (diplomata vacualia) beurkunden die Tradition. Nach dem Grundsatze quod scriptum est quasi actum videtur actum konnte deßhalb der Käufer gestützt auf die Documente und den darin enthaltenen Beweisvertrag die in rem actio anstellen. Die Uebergabe der Documente soll dann als Cession der in rem actio gelten.

Ich glaube, daß man diese Erklärung noch vereinfachen kann.

Schenkungen wurden fast regelmäßig in die Kaufform eingekleidet**) als venditiones nummo uno. Es liegt deßhalb sehr nahe, die documenta emtionum als Schenkbriefe zu nehmen, in denen sich das Bekenntniß findet, daß die vacua possessio übergeben sei. Bei der Aufnahme einer solchen Schenkungsurkunde konnte der Schenkgeber den Schenknehmer durch einen servus actor vertreten lassen und alsdann den Letzteren mit der Uebergabe der Urkunde überraschen. Ein solcher Vorgang erscheint viel verständlicher als die Cession einer gegen den Cedenten selbst anzustellenden actio in rem. Mit der Anwendung des Satzes quod scriptum est quasi actum videtur actum muß man bei Traditionsurkunden sehr behutsam umgehen. Soviel ist gewiß, daß die Traditionsclausel nicht den Besitzwechsel ersetzen konnte.

fr. 48 de poss. Praedia cum servis donavit earumque se tradidisse possessionem litteris declaravit. Si vel unus ex servus, qui simul cum praediis donatus est, ad eum qui donum accepit, pervenit, mox in praedia remissus est, per servum praediorum possessionem quaesitam, ceterorumque servorum constabit.

Man sieht aus dieser Stelle, daß die römischen Juristen daran festhielten, nur einem realen Geschehen, dem Besitzwechsel, nicht aber einem processualen Schein die Wirkung der Eigenthumsübertragung beizulegen. Es liegt außerhalb der Privatwillkür, Eigenthum durch bloßen Vertrag zu übertragen, folglich konnte man den Eigenthumsübergang auch nicht durch einen Beweisvertrag herbeiführen, daß das scriptum als actum, die Traditionsclausel als Tradition gelten solle. Der

---

*) Savigy, S. 222; Baron, Dog. Jahrb. VII. S. 62.
**) Kritische Ztschrft. IX. S. 248; Spangenberg, Urkundenbeweis Nr. 99.

Unterschied des fr. 48 von der l. 1 C. liegt aber darin, daß in der ersteren Stelle die Frage zur Erörterung gestellt wird, wann Eigenthum nicht blos im processualen Schein gegen eine bestimmte Person, sondern gegen alle Dritte wirksam erworben werde, während in l. 1 C. zur Erörterung steht, wie dem Schenknehmer gegen den Schenker, welcher litteris se tradidisse declaravit und doch die Sache behält, zu helfen sei. Eine Vertragsklage gab es hier nicht nach vorjustinianischem Rechte. Um die Wirksamkeit der donatio zu retten, mußte deßhalb der in der Traditionsclausel liegende Beweisvertrag aushelfen. Diesem kann jedoch Effect nur unter den Contrahenten beigelegt werden, der Schenkgeber muß sich den processualen Schein, als wenn er tradirt habe, gefallen lassen, er darf nicht seine eigene Erklärung als unrichtig anfechten. Damit aber findet die in rem actio adversus donatorem, welcher besitzt oder dolo descit possidere ihre Zulässigkeit. Daß die dingliche Klage auch gegen andere Personen als den Schenkgeber angestellt werden könne, ist nicht gesagt und nicht anzunehmen.

Das Resultat ist mithin, daß durch bloßen Vertrag wir zwar kein Eigenthum übertragen und damit den Besitz aller Dritten gegenüber dem anderen Contrahenten zum Unrecht stempeln können, daß wir jedoch durch Vertrag und zwar durch Beweisvertrag dem Mitcontrahenten die processuale Stellung uns gegenüber einräumen können, als wenn er Eigenthümer wäre. Dieses ist aber nichts weiter als Schaffung einer Forderung mit Realexecution.

---

§. 13. Eigenthümlichkeiten des Immobiliarbesitzes.

Die Erde fliegt durch den Weltenraum und nimmt uns mit auf ihrem Wege. Unsere Bewegung auf der Erde ist ein beständiger Kampf gegen die Anziehungskraft derselben. Man sieht hieraus, daß wir nur in einem sehr beschränkten Sinne von einer Herrschaft der Menschen über die Erde reden können; sie hat uns mehr als wir sie haben. Unsere Macht beschränkt sich darauf, daß wir Partikelchen der Erde, einschließlich unseres eigenen Körpers, von einet Stelle zur anderen bringen. Den Grund und Boden müssen wir da liegen lassen, wo er liegt.

Eine Einwirkung der Person auf die Sache ist insofern möglich, als unser Willen den Körper in Bewegung zu setzen vermag und diese Bewegung auf die Sache erstreckt wird. Wo der Punkt liegt, in welchem der geistige Hebel an das körperliche Organ sich ansetzt, wie eine Causalität zwischen Idealem und Realem zu denken ist, bleibt ein nicht von der Rechtswissenschaft zu lösendes Räthsel. Unsere Einwirkungsfähigkeit gehet soweit als unsere Körperkräfte und die mittelbar zu gebrauchenden Kräfte anderer Personen bezüglich die uns dienstbaren elementaren Kräfte reichen.

Die Verschiedenheit des Umfanges der Einwirkungsfähigkeit bei Mobilien und bei Immobilien fällt klar in die Augen. Die Mobilien nimmt man mit sich, man bestimmt ihre Stelle im Raume; sie folgen der Person und gravitiren als Trabanten um dieselbe. Bei den Immobilien dagegen muß die Person zur Sache gehen und auch dann ist der Kreis ihrer Einwirkungen ein sehr beschränkter und besteht in verhältnißmäßig geringfügigen und oberflächlichen Dislocationen, während man die bewegliche Sache bis in Atome zerstäuben lassen kann. Die Mobilien sind nach allen Seiten abgegrenzte Körper und sind die körperlichen Grenzen auch diejenigen des Besitzrechtes. Das Grundstück erscheint wesentlich als Fläche nicht als Körper. In der dritten Dimension, nach Tiefe und Höhe sind keine Rechtsgrenzen gesteckt, weil ein Conflict nicht zu fürchten ist. Bergmann und Luftschiffer bleiben außerhalb des durch die übliche Nutzung bestimmten Herrschaftsgebietes der Oberfläche. Die nachbarlichen Grenzen laufen horizontal auf der Oberfläche und sind willkührlich gezogen; opinio nostra et constitutio locum a fundo separat. Die äußeren Merkzeichen sind Erinnerungsmittel an dasjenige, was wir gewollt haben und was wir, als von uns gewollt, Anderen bemerklich zu machen beabsichtigten.

Der körperliche Zusammenhang, welcher bei verschiedenen Theilen einer Mobilie einen realen Mitbesitz Mehrerer wegen Unmöglichkeit eines modus vivendi ausschließt, führt bei Grundstücken zu geringeren und gesetzlich regulirbaren Conflicten, weil hier die Verfügung über den einen Theil der Erdoberfläche auf den angrenzenden anderen Theil nur verhältnißmäßig geringen Einfluß haben kann — Veränderung im Lauf des Regenwassers, des Luftzuges, der Besonnung, Hinüberwachsen der Pflanzen, Verringerung der Festigkeit des jenseitigen Erdreiches durch Graben u. s. w. Auch während ich ganz innerhalb meines Herrschaftsgebietes bleibe, kann mir eine Verfügung vom Gesetze verboten werden, welche dem Nachbar schadet und kann ich andererseits zur Duldung von in thesi mein Herrschaftsgebiet berührenden geringen Hinüberragungen gehalten sein. Beim Feststehen der geometrischen Grenzen der Herrschaftsgebiete stellt die Gesetzgebung über die Nachbarrechte die Grenzen der Benutzung unseres Grundstückes, soweit in derselben Berührungen der Nachbaren vorkommen, fest. Sie schafft einen modus vivendi für diejenigen Fälle, in denen die räumliche extensive Grenze nicht zur Entscheidung der Conflicte genügt, sondern eine intensive Grenze des Gebrauchs im Interesse des Zusammenlebens zu stecken ist.

Ein Verstoß gegen die nachbarrechtlichen Gesetzesbestimmungen ist keine Besitzesverletzung im engeren Sinne, weil nicht zwei Behauptungen „possideo" bezüglich derselben Sache einander gegenübertreten. Wenn man auch allmählig dazu kommen wird, den Besitzer als präsumtiven Eigenthümer gegen jeden Nichtbesitzer, die aus Handlungen, welche die legalen Grenzen des Eigenthums verletzen, entspringenden Klagen zu geben — was bezüglich der nachbarrechtlichen Ansprüche bis jetzt nicht der Fall ist — so wird der desfallsige Rechtsstreit damit noch nicht zu controversia possessionis. Wir können mithin von dieser gesetzlichen Grenzziehung für die Verfügung von Immobilien hier absehen.

Prüfen wir nun die Herrschaftsvorstellung des Immobiliarbesitzers näher, dann finden wir in derselben die Vorstellung enthalten, daß es von seinem Willen abhängt, wer das Grundstück solle betreten dürfen. Da der Grundbesitz so gut wie die beweglichen Sachen der freien Mitbewerbung preisgegeben ist, die Prävention aber respectirt werden soll, so steht es einem Jeden frei, ein Grundstück, bezüglich dessen er nicht einem confligirenden schon vorhandenen Besitzwillen begegnet, als Mittel für seine Zwecke zu setzen. Diese Zwecksetzung muß über das Stadium der Cogitation hinaus in dasjenige der That getreten sein. Die Herrschaftsvorstellung spiegelt sich vornehmlich in Gebrauchshandlungen und Schützungshandlungen. Und zwar muß eine prägnante das Grundstück als begrenztes Sondergut mit Voraussicht für die Zukunft darstellende Benutzung vorliegen, nicht ein nomadisches Genießen der natürlichen Fruchtbarkeit des Bodens. Das Gesetz schützt unsere That und unsere Arbeit. Soweit die Erdoberfläche dem freien Walten der Naturkraft unterliegt, bietet sie ihre Wohlthaten jedem Vorübergehenden. Die Setzung für Sonderzwecke erfordert Inculturnahme; das bloße wenn auch durch die wirkliche Cultivirung im weiten Felde lassende Handlungen bekundete Aneignungsgelüste verdient keinen Respect. Zu den noch außerhalb der

Cultur liegenden Landstrichen kann nur der Staat nicht aber der Privatmann eine rechtliche Stellung sich vindiciren. Für unser Rechtsleben haben wir freilich nicht nöthig, auf den Fall der Ausscheidung aus der Natur in die Cultur und den Besitz, die Grenzscheide zu ziehen; ein solches Bedürfniß tritt nur ein bei glücklicheren Staaten mit einem noch unangebrochenen Arbeitsfelde.

Bei uns ist die Welt schon fortgegeben. Schon seit Jahrhunderten löset ein Besitzer den anderen ab. Der freien Natur ist kein Land mehr abzugewinnen.

Der der Nutzfähigkeit des Grundstückes entsprechend fortgesetzte Gebrauch desselben für eigene Zwecke bekundet den Willen auch fernerhin dasselbe als Mittel für Privatzwecke zu behandeln und damit den Willen, alle Dritten von der eigenwilligen Benutzung des Grundstückes auszuschließen. Der ungestörte offene Gebrauch redet ferner Zeugniß dafür, daß der Besitzwillen von allen Dritten respectirt worden ist, daß de facto der Gebrauchende bestimmt hat und gegenwärtig bestimmt, wer auf dem Grundstücke sich aufhalten solle. Ein gleiches Zeugniß reden Schützungshandlungen, seien sie nun präventiv — Einhegung — oder repressiv — Hinauswerfen von Eindringlingen.

Vergleichen wir den Causalnexus zwischen dem Willen der Person und dem Ortsschicksal der Sache bei beweglichen und bei unbeweglichen Sachen, dann finden wir, daß bei den ersteren ein positives Sein im Raume der Sache im Ursachenzusammenhange mit unserem Willen stehet. Bei unbeweglichen Sachen dagegen hält unsere thatsächliche Herrschaft dritte Eindringlinge von unserem Besitzbezirke fern. Mithin bestimmt hier der Besitzwillen nicht, wo die Sache ist, sondern wer auf der Sache ist und insbesondere, daß Niemand gegen den Willen des Herrn auf derselben ist.

Die Folge hiervon ist, daß der Besitzverwirrungsfall bei Grundstücken viel leichter als bei Mobilien eintritt. Es können nicht leicht zwei Leute in gutem Glauben das gegenwärtige Wo? der beweglichen Sache auf ihren sich widersprechenden Besitzwillen zurückführen. Bei einem Besitzverwirrungsfall bezüglich Mobilien läuft in der Regel ein Delict unter, dessen Unerwartetheit den einen Theil bewog, sich für den Besitzer zu halten, zum Beispiel der Knecht des Holzhändlers hat sich als Herr gerirt und mir Bauholz überwiesen, bei dessen Abfuhr ich von dem wirklichen Herrn angehalten werde.

Ein praejudicium uter possideat wird deshalb hier kaum vom Richter gefordert; die Delictsklagen und dinglichen Klagen lösen den etwaigen Rechtsstreit.

Anders bei Immobilien. Hier kann sehr leicht der Fall vorkommen, daß zwei Leute in Widerspruch mit einander die Behauptung der gegenwärtigen Herrschaft aufstellen. Die beiderseitigen Nutzungshandlungen können längere Zeit unbemerkt nebeneinander her gelaufen sein und in einem Jeden der Rivalen die Anschauung hervorgerufen haben, er sei der Gebietende auf dem Grundstücke, dessen Willen das Grundstück für sich zu haben bisher von dem Effect der Fernhaltung Anderer begleitet gewesen und nun jetzt von dem Nebenbuhler mißachtet werde. Für das

melius possidere des Einen oder Andern geben die römischen Juristen keinen das officium judicis leitenden Gradmesser. Einen unbedingten Beweis, daß man besitze, liefert man nur dadurch, daß man den Anderen hinauswirft; dann ist die Causalität zwischen dem Besitzwillen und dem räumlichen Schicksal der Sache klargelegt. Dieser Beweis kann aber natürlich für den Besitzverwirrungsstreit nicht entscheidend wirken. Wenn in einem solchen Falle das Uti possidetis statt des Unde vi angestellt wird, dann wird die Besitzfrage wie bei dem letzteren Interdict auf den Augenblick des Hinauswerfens gestellt und untersucht, wer damals besaß, ob mithin eine Ejection oder eine Dejection vorlag. Das Hinauswerfen ist ein vorzügliches Mittel, um den Besitz darzuthun, nur ist dieses Mittel etwas zweischneidig und darf hernach vom Richter nicht als vis facta possidenti prädicirt werden.

Ueberschauen wir nun die Eigenthümlichkeiten, welche durch die Immobiliarqualität bei der Conception, der Dauer und dem Erlöschen des Herrschaftsbewußtseins herbeigeführt werden.

Als das Dauernde nimmt Savigny den Besitzwillen und das physische Verhältniß zur Sache an. Letzteres verflüchtigt er alsdann zur Möglichkeit beliebiger Einwirkung, er substituirt mithin einem räumlichen Verhältnisse von Körper zu Körper — ein solches, die Gegenwart, wird nur für den Besitzerwerb von ihm erforderlich gehalten — die negative Thatsache, daß nach den Regeln der Physik für uns kein Denkhinderniß vorliegen darf, welches uns verbietet, die Einwirkung auf die Sache als von unserem Wollen abhängig zu denken. Diese falsche Anschauung bestimmt ihn verschiedene Regeln für Beginn und Verlust einerseits und Fortsetzung des Besitzes andererseits anzunehmen.

Der Besitz muß einen Thatbestand haben, so gut wie jedes andere Recht, nur ist sein Thatbestand ein actueller. Ein Thatbestand besteht in einem äußerlichen und räumlichen Geschehensein oder Geschehen und in einem innerlichen Denken oder Gedachthaben. Bei dem Besitze haben wir als Thatbestand gefunden die Herrschaftsvorstellung und die gegenwärtige Wirksamkeit derselben auf das Ortsschicksal der Sache. Letztere Wirksamkeit ist bei Mobilien eine positive mechanisch klar hervortretende; ich stecke das Geldstück in meine Tasche und damit bestimmt mein Herrschaftswillen die von dem Geldstück räumlich zu durchlaufende Bahn. Bei den Immobilien wird diese Wirksamkeit nicht durch eine den Aufenthalt des Grundstückes bestimmende Handlung hergestellt, nicht durch eine mechanische Action, sondern die Offenbarkeit meines in Nutzungs- und Schützungshandlungen hervortretenden Willens übt auf den Rechtssinn meiner Mitbürger die Wirkung aus, daß sie sich von dem meiner Herrschaft unterliegenden Bezirke fernhalten. Die ortsbestimmende Wirkung wird mithin durch einen moralischen Factor herbeigeführt. Ein mechanischer Factor kann hinzutreten, indem ich das Grundstück einhege, verschließe, einen Wächter hineinsetze. Solche Vertheidigungsmaßregeln schützen mich aber bei Weitem in dem Maße, wie der mir als melius possidens verheißene Rechtsschutz.

Dieser Thatbestand muß im ersten Augenblicke des Besitzes vorhanden sein, so gut wie in jedem ferneren Augenblicke. Beginn, Fortsetzung und

Verlust des Besitzes stehen ganz unter denselben Regeln; wo wir den Thatbestand finden, ist Besitz, wo wir ihn nicht finden, ist kein Besitz. Nur bezüglich der Ersichtlichkeit des Thatbestandes findet der natürliche Unterschied statt, daß die Conception des Besitzwillens sich in positiven Handlungen spiegeln muß, während zur Annahme der Fortdauer nicht in jedem Augenblicke sich wiederholende Handlungen erforderlich sind, vielmehr der den erfahrungsmäßigen Regeln über das Denken und Wollen der Menschen entnommene Beweisschein durch einen indirecten Gegenbeweis von gegen den Fortbesitzungswillen sprechenden Thatsachen geschwächt werden muß.

Für eine Fortdauer des Besitzwillens und dessen thatsächliche Wirksamkeit auf die Freihaltung des Grundstücks giebt es aber keine Vermuthung, die durch einen Gegenbeweis gebrochen werden müßte. Es ist freilich nicht eine continuirliche Reihe von Nutz- und Schutzhandlungen erforderlich, damit der Richter ein Fortbesitzen annehme. Selbst lange Pausen sind mit dem Fortbestande des Herrschaftsbewußtseins wohl vereinbar, indessen muß das gesammte Verhalten des Besitzprätendenten ein solches sein, daß das Beharren der Herrschaftsvorstellung psychologisch anzunehmen ist. Die Frage wird nach den örtlichen, zeitlichen und socialen Verhältnissen verschieden zu entscheiden sein. Es kommt darauf an, ob man den animus deserendae possessionis herausinterpretiren kann.

Wie die Römer den Besitzbeginn bei beweglichen Sachen ohne Locomotion animo adipisci possessionem nennen, so bezeichnen sie den sich nicht in Nutzhandlungen documentirenden Fortbesitz als animo retinere possessionem. Das corpus, die Handlung, ist der Spiegel des inneren Zustandes; ein solcher kann aber zuweilen auch für eine Zeit angenommen werden, in welche prägnante Handlungen nicht fallen.

Die saltus aestivi und hiberni führen die Römer als Beispiele an, in denen das Fortbeharren des Herrschaftsbewußtseins auch bei länger dauernden Pausen in der Nutzung sehr verständlich ist, aber auch nur als leicht zu erweiternde Beispiele.

fr. 3 §. 11 de possessione. Saltus hibernos aestivosque possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.

fr. 1 §. 25 de vi. Quod vulgo dicitur, aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa dici Proculum dicere: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est.

Das Eindringen eines Dritten in unser Grundstück während unserer Abwesenheit hebt nicht, wie die Ablation bei beweglichen Sachen, unseren Besitz schlechtweg auf. Unsere gegenwärtige Macht, zu bestimmen, wer auf dem Grundstücke sein soll, wird durch die Anwesenheit des Dritten zwar gefährdet; eine Aufhebung derselben würde aber nur dann anzunehmen sein, wenn man dem im Grundstücke gegenwärtigen Eindringling ein melius possidere zuschriebe und damit dem zurückkehrenden Abwesenden das Recht benähme, mit Gewalt gegen denselben einzuschreiten. Bei der Wägung der confligirenden Besitzesbehauptungen — die Relativität der Güte derselben tritt in dem Satze duo in solidum juste et

injuste possidere possunt hervor — waren die römischen Juristen nicht von jeher ganz einig, dem zurückkehrenden Abwesenden vor dem in dem Grundstück anwesenden Eindringling (corporalis possessor) den Vorrang zu geben.

fr. 25 §. 2 de poss. (Pomponius). Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio? an vero quod quasi magis probatur, usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat; aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem? Et videtur utilius esse.

Mit der Wissenschaft von der Anwesenheit eines Dritten in unserem Grundstücke kommt deshalb unser Herrschaftsbewußtsein nicht zum Erlöschen; es geht indessen eine Krisis ein. Die Causalität zwischen unserem Besitzwillen und dem Ortsschicksal der Sache verschwindet, sobald wir nach Kenntniß des Eindringens den Dritten nicht beseitigen.

fr. 3 §. 7 de poss. (Paulus). Si animo solo possideas, licet alius in fundo sit — scil. te ignorante — adhuc tamen possides. Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus, noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.

fr. 18 §. 3. 4 de poss. (Celsus). Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desiisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simulatque sciero.

fr. 7 de poss. Et si nolit in fundum reverti, quia vim majorem vereatur, amisisse possessionem videtur: et ita Neratius quoque scribit.

Nach Kenntnißnahme von der Occupation des Dritten erlischt das Herrschaftsbewußtsein entweder, indem man gar keinen Versuch macht zur Entfernung des Dritten, aus Furcht vor dessen Gewaltthätigkeit, oder indem der Versuch mißlingt.

Damit für den ersteren Fall das Interdictum Unde vi erwachse, genügt, daß die Furcht durch eine bewußte und absichtliche Handlung des Occupanten hervorgerufen ist. Der Ausspruch des Pomponius*): „vim sine corporali vi locum non habere“ ist dahin auszulegen, daß die Furcht und das Weichen des Besitzers durch eine positive darauf berechnete Handlung des Occupanten hervorgerufen sein muß. Die vis corporalis ist keine vis corpore corpori facta, sondern eine die Vertreibung des Besitzers, sei es durch Einwirkung auf seinen Körper oder auf seinen Geist beabsichtigende Handlung. Cogitatione non dejicitur. Dieser Sinn ergiebt sich aus einem anderen Ausspruche des Pomponius**). Wenn ich nur gehört habe, es komme Jemand mit Waffen und dann

*) fr. 1 §. 29 de vi (Ulpianus). Idem Labeo ait, eum qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri dejectum. Ergo etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum. cfr. Savigny S. 346 Note 1.

**) fr. 9 pr. quod metus.

davon laufe, wenn also der Kommende noch gar keine auf meine Beeinflussung abzielende Handlung vorgenommen hat, non videor vi dejectus. Eine Dejection kann man Niemandem vorwerfen, dessen etwaige Vertreibungsabsicht noch nicht zu einer gegen den Besitzer gerichteten That, sei es auch nur einer Bedrohung, gediehen ist. Der auf die erste Kenntniß von der fremden Occupation Verzweifelnde, welcher gar keinen Versuch macht, ob der Eindringling ihm nicht weiche, nimmt dem Letzteren damit die Gelegenheit, gegen ihn das Verbrechen der vis zu begehen, ebenso wie derjenige, welcher sich aus Furcht vor einem Anschlage auf sein Leben lieber selbst gleich aufhängt. Die l. 11 C. de vi, welche Jhering als eine Schutzbestimmung für solche furchtsame Leute auslegt, wird später geprüft werden. Uebrigens sei hier vorgreifend bemerkt, daß nur das Nichterwachsen des Dejectionsanspruchs Folge der Besitzaufgabe ohne Bedrohung oder Zurückweisung ist. Verschieden davon ist die Frage nach der Superiorität im Besitzverwirrungsstreite.

Versucht der Abwesende eine Entfernung des Eindringlings, dann muß er sich allerdings beeilen, da das Selbsthülferecht einen gegenwärtigen widerrechtlichen Angriff voraussetzt, mithin schnell verraucht. Er muß sofort mit den ihm bereiten Mitteln einschreiten. Der zulässige Zeitraum für die Selbsthülfe wird sich nach dem Zeitmaße beurtheilen, welches erforderlich ist, um die bereiten Mittel gegen den Occupanten in Bewegung zu setzen. Eine Rüstungspause, ein cogere et armare homines ist nicht zulässig. Die öffentliche Ordnung ist mit einer organisirten Kriegführung unverträglich. Indem die Selbsthülfe auf die Anwendung der bereiten Mittel gegen einen gegenwärtigen widerrechtlichen Angriff beschränkt wird, wird zugleich der Besitz beschränkt. In dem Momente, in welchem das Recht zur Selbsthülfe aufgehört hat, hat auch der Besitz aufgehört.

Es muß auffallen, daß die strengere Bestimmung des Interdictum de vi armata zu Ciceros Zeiten, nach welcher der coactis armatisve hominibus Eingeschrittene, wenn er mit dem Interdict belangt wird, die exceptio vitiosae possessionis nicht soll vorschützen dürfen, in der so sehr friedliebenden Kaiserzeit dahin ermäßigt sei, daß solche Exception auch dem förmlichen Kriegführer nachgelassen sein solle*). Ich bin der Ansicht, daß jene ältere Bestimmung durch die klarere Erkenntniß über die Grenzen der Selbsthülfe unnöthig geworden war. Continuo non ex intervallo vim vi repellere licet. Da man den Dejicienten nicht nachträglich wieder dejiciren darf**), so kann die exceptio vitiosae possessionis nur die Bedeutung haben, daß die vom Gegner gerügte vis als eine Vertheidigungshandlung qualificirt wird. Die in der Exception gedachte vis muß mithin eine gegenwärtige, eine vis vi repellenda sein. Savigny stützt seine Ansicht, die exceptio vis praeteritae sei zugelassen auf den

*) Savigny S. 447.
**) fr. 17 de vi. Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu recuperat in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est. Ideoque si te vi dejecero, illico tu me deinde ego te, unde vi interdictum tibi utile erit.

Grund, weil bei Nichtzulassung der Unterliegende nur seinerseits wieder aus der früheren Dejection auf Restitution klagen könne, folglich die exceptio als Abkürzung diene. Ich halte aber die den Grund bildende Behauptung für unrichtig. Wenn im Dejectionsprocesse entschieden ist, daß der zwischen A und B stattgehabte mit der Niederlage des B endigende Kampf um die Sache als eine Dejection Seitens des A anzusehen ist und A an B herausgeben soll, so ist damit die Sache erledigt und einem Zurückgreifen des A auf frühere Dejectionsfälle steht die exceptio rei judicatae entgegen.

Paulus rec. sent. V. 6 §. 7 sagt: Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario impune dejicitur. Ich glaube, daß auch in dieser Stelle ein ex intervallo erfolgendes Vertreiben des Dejicienten nicht für den Dejectionsproceß ohne Rechtsnachtheil erklärt worden ist. Der Ausdruck „impune“ scheint mir darauf hinzuweisen, daß die Dejection durch die exceptio vis als eine Rechtsausübung und vollständig erlaubte Handlung gekennzeichnet werden soll, dann muß aber die Behauptung der Gewaltthat des Gegners geeignet sein, die impune Dejection als Vertheidigungsmaßregel erscheinen zu lassen und solches ist nur bei der vis praesens der Fall. Die Nichtrechtsnachtheiligkeit im Interdictenprocesse und die criminelle Straflosigkeit fallen zusammen. Qui jure suo utitur, non delinquere videtur.

Wenn nun Jemand nach seiner Dejection homines coëgit et armavit und wieder dejicirt, dann ist es klar eum non confestim sed ex intervallo dejecisse und die Berufung auf die frühere Gewaltthat kann nicht geeignet sein, nachträgliche Gewalt als Rechtsübung zu qualificiren. Der frühere Rechtssatz, welcher jede Einrede gegenüber dem Interdictum de vi armata ausschloß, ist mithin nicht aufgehoben, sondern unnöthig geworden*).

Gehen wir jetzt weiter zu dem Fall, daß das Selbsthülferecht von dem Abwesenden aufgegeben oder vergeblich erschöpft ist. In diesem Falle ist der Causalnexus zwischen dem Willen der Person und dem Ortsschicksal der Sache gebrochen. Ein fremder Willen bestimmt, wer sich auf dem Grundstücke aufhalten soll und zwar ein fremder Willen, der nunmehr ohne Rechtsverletzung nicht durch Gewalt gebrochen werden kann, mag auch seine Conception auf einem offenbaren Unrechte beruhen.

Liegt eine Dejection des früheren Besitzers vor, dann hat derselbe ein Rechtsmittel zu Gebote und es herrscht nur darüber Streit, ob er, anstatt den Dejectionsanspruch geltend zu machen, die Besitzverwirrungs-

---

*) Die vielfache Erwähnung der Waffen im Titel de vi kann nicht den Zweck haben, die Gewaltthat unter einen criminellen Gesichtspunkt zu stellen, da doch in diesem Titel nur der civile Gesichtspunkt in Frage steht. Wenn es heißt arma armis repellere licet, so kann aus dem unerlaubten Waffengebrauch hier nicht auf eine Strafbarkeit, sondern auf einen civilen Rechtsnachtheil gewiesen sein und als dieser ist nur zu denken, daß der uncommentmäßige Sieger im Kampf um den Besitz als Dejicient auf alle Fälle angesehen wird. Nur hierauf beruhte die nach einer Nachricht von Plinius erfüllte Hoffnung Cicero's Cäcina's Sache zu gewinnen. Diese Wirkung des Int. de vi armata wird danach in das spätere Verfahren aufgenommen sein.

controverse mit Aussicht auf Erfolg aufwerfen kann. Ueberwiegende der Lehre von den Besitzklagen vorzubehaltende Gründe sind für die Annahme der recuperatorischen Wirkung des Uti possidetis.

Es können aber auch Fälle vorkommen, in denen von einer Dejection nicht die Rede ist. Der Abwesende erfährt die Occupation, die vielleicht auch gar nicht clam sondern in Folge eines Irrthums geschehen ist, und wagt nicht irgend einen Versuch, seinen Besitz festzuhalten, zu machen. Wenn dann auch die Zeit zur Selbsthülfe verstrichen ist, so kann man ihm doch nicht versagen, das Interdictum Uti possidetis zu gebrauchen. Es wäre auffällig, wenn man statt der Gewalt nicht die Hülfe und Entscheidung des Richters uter potius possideat sollte anrufen und sich so vor Gericht statt im Raufhandel mit Besitzrivalen sollte auseinandersetzen können. Lange warten darf man freilich nicht, da sonst ein Verzicht auf den Besitz anzunehmen ist. Das Herrschaftsbewußtsein des bisherigen Besitzers hängt alsdann allerdings nur noch an dem einen Faden der richterlichen Hülfe.

In fr. 12 §. 1 de a. r. d.: Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit —

braucht man deshalb nicht einmal an einen vitiösen Besitz des Beklagten zu denken*), sondern auch unser Fall, daß der zurückkehrende Besitzer sich einen besseren Besitz zuschreibt als der inzwischen hineingekommene corporalis possessor (fr. 25 §. 2 de poss.), hieher paßt.

Wesentlich anders gestaltet sich die Frage der Besitzesfortdauer des Abwesenden, falls derselbe durch einen Detentor besitzt.

Die Ortsverfügung ist dem Detentor anvertraut. Sein Willen ist das Mittelglied zwischen der Person und der Sache. Der Detentor kann zwar nicht selbst durch eine innere Willenswandlung aus seiner Organeigenschaft heraustreten und sich zum Besitzer aufwerfen, sondern bedarf es hierzu einer That, der Nichtadmission des Herrn**). Im Uebrigen aber werden wir in den Quellen die aus dem Begriffe der Detention entspringende Regel bestätigt finden, daß, sobald der Detentor, wenn er den Willen gehabt hätte, in eigenem Namen zu herrschen, zu besitzen aufgehört haben würde, auch der Besitz des Herrn zu Ende ist.

fr. 40 §. 1 de poss. (Africanus). Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset; quid juris sit videamus. Propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et continuaretur: quo mortuo non statim dicendum, eam interpellari, sed tunc demum cum dominus possessionem apisci neglexerit: Aliud existimandum ait, si colonus sponte discesserit: sed haec ita esse verum, si nemo extraneus eam rem interim possederit.

fr. 44 §. 2 h. t. (Papinianus). Quibus explicitis cum de

---

*) Witte, das Int. Uti Possidetis S. 73.

**) fr. 32 §. 1 de poss. Im Fall des constitutum mit einem Dritten betrügt der Detentor diesen, aber bringt den Herrn nicht um den Besitz.

amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam ejus quidem quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus ne possideremus: ejus vero quod servi vel etiam coloni corpore possidetur non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus.

fr. 3 §. 8 h. t. (Paulus). Quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve animo retinebo possessionem. Et si alii tradiderint — al. „tradiderim" — amitto possessionem. Nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi dejecti fuerimus.

fr. 31 h. t. (Pomponius). Si colonus non deserendae possessionis causa exisset de fundo et eo redisset, eundem locatorem possidere.

Afrikanus macht, wenn die Lesart „aliud" richtig ist, einen Unterschied zwischen dem Tod und dem freiwilligen Fortgange des Colonen. Dieser Unterschied bewirkt aber nur, daß im ersteren Falle der Besitz nicht sofort, sondern erst im Falle fremder Occupation beendigt gelten soll.

Die jedenfalls corrumpirte Stelle von Paulus redet zwar von einem retinere animo possessionem im Falle der decessio oder discessio coloni; man kann indessen, wie Bruns, Besitzklagen S. 117*) bemerkt, nicht annehmen, daß Paulus im Gegensatz zu den Sabinianern Africanus und Pomponius weiter gegangen ist, als Papinianus und muß deshalb nur die Fortdauer bis zur fremden Occupation als von ihm behauptet ansehen.

Es muß hier auffallen, daß ein Besitz so lange dauern soll, bis es einem Dritten beliebt hat, das Grundstück zu occupiren. Was ist das für ein Besitz, welchem das Belieben eines jeden Dritten ohne Weiteres ein Ende machen kann? Wenn ich mir, da ich vom Grundstücke abwesend bin, überhaupt Besitz zuschreiben kann, dann muß ich befugt sein, Eindringlinge, sobald ich Kunde von ihnen erhalte, hinauszuwerfen. Wenn mein Herrschaftsbewußtsein sich an die Bedingung knüpft, daß ich keinen zum Widerstand bereiten Occupanten antreffe, dann ist es kein Herrschaftsbewußtsein mehr. Den Occupanten darf man nicht hinauswerfen, darüber sind Sabinianer und Proculejaner einig, weil mit der Occupation der Besitz nicht etwa in eine Krisis eingetreten, sondern beendigt ist. Wo aber die Selbsthülfe aufgehört hat, da hat auch der Besitz aufgehört.

Die Stellung der dritten Occupanten ist aber auch hier eine ganz andere als bei dem unmittelbaren Besitze Abwesender. Wenn wir die Ortsverfügung über das Grundstück durch einen Detentor ausgeübt gesehen haben, dessen Eigenschaft als Detentor uns ja nicht ersichtlich ist, dann haben wir im Falle der Erledigung dieser Ortsverfügung, vornehmlich, wenn der Detentor uns tradirt, vollen Grund vacua possessio

*) Gegen Savigny S. 371 Note 2.

anzunehmen und unsere Apprehension nicht für ein Besitzattentat zu halten. Sollten wir in mala fide sein, vielleicht aus einer Untreue des Detentors wissentlich Vortheil ziehen, dann kann diese mala fides nicht den Besitz des Herrn fortdauernd erscheinen lassen, sondern nur die Hypothesis für ein anderes Rechtsmittel bilden, denn das Herauswerfungsrecht kann sich nicht an eine Hypothesis knüpfen, wir können nicht befugt sein, einen malae fideipossessor herauszuwerfen, mithin selbst feststellen, daß Jemand malae fidei possessor sei*).

Wenn mithin nach dem Tode, dem Weggange oder in Folge der Untreue des Detentors das Grundstück in fremde Hände gerathen ist, so ist uns gegenüber ein vorzuziehender Besitzrivale erstanden.

Indem die römischen Juristen von einem Besitze bis zur Occupation eines Dritten sprechen, heben sie implicite die Natur dieses Verhältnisses als eigentlichen Besitzes auf. Die Stelle von Africanus ist dessen libro septimo quaestionum, die Stelle von Papinianus dessen libro vicesimo tertio quaestionum entnommen. Aus der Ueberschrift von fr. 11 pro emtore und fr. 44 de u. e. u. sehen wir, daß in diesen Büchern die Lehre von der Usucapion vorgetragen wurde. Aus fr. 2 pro emtore gehet ein Gleiches für die Stelle des Paulus und aus fr. 32 de u. e. u. für die Stelle des Pomponius hervor. Der allein denkbare Gesichtspunkt, daß die Juristen von der Usucapionszeit haben reden wollen, wird hierdurch bestätigt. Sie haben nur die für die Usucapionslehre sehr verständliche Regel aussprechen wollen, daß, wenn der Detentor stirbt oder wegläuft und der Herr, ohne daß inzwischen ein Dritter occupirt hat, die Zügel der Herrschaft wieder in eigene Hände bekommt, eine Unterbrechung der Verjährung nicht anzunehmen ist.

Auch für den Fall der Dejection wird uns bezeugt, daß das Ende der Ortsverfügung ganz aus der Person des Detentor zu beurtheilen ist. Wird der colonus oder inquilinus dejicirt, dann hat der Herr das Interdict de vi**). Damit ist aber zugleich gesagt, daß der Herr dejicirt ist, folglich nicht mehr besitzt, mithin nicht weiter die Selbsthülfe gebrauchen darf. Es muß hier sehr wohl der Fall unterschieden werden, daß der bestellte Wächter eines Hauses oder ein auf dem Grundstücke arbeitender Knecht von demselben vertrieben wird. Durch einen solchen Act ist der Herr noch nicht von dem Wege der Selbsthülfe ausgeschlossen und ganz auf den Weg Rechtens hingewiesen. Das Verjagen meines Knechtes kann ich als einen erst beginnenden Angriff, eine Störung auffassen und, wenn mir die nöthige Macht zu Gebote steht, mir sofort selbst Recht verschaffen. Der Gegner kann sich freilich auch nicht beklagen, wenn ich die Sache als Dejection auffasse.

Aus dem über den Besitzverlust durch in der Person des Repräsentanten eingetretene Ereignisse Vorgetragenen erläutern sich zwei Gesetze Justinians.

L. 11 C. Unde vi. Quum quaerebatur inter Illyricianam advocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam pos-

*) Bruns, Besitzklagen, S. 119.
**) fr. 20 de vi. fr. 1 §. 22 eod.

tionibus subjugetur, omni jactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem negligenter vel dolose versatus est. Sin autem necdum sub manibus procuratoris vel coloni vel inquilini vel servi possessio facta est, sed ipse eam accipere desidia vel dolo supersedit, tunc et ipse, qui eum transmisit, ex mala sua electione praejudicium circa eam possessionem patiatur, ex memoratarum personarum vel machinatione vel negligentia accedens. Hoc etenim tantum sancimus, ut dominus nullo modo discrimen, sustineat ab his quos transmiserit.

Bei der Interpretation dieser Stelle darf man nicht voraussetzen, daß Justinian der einen Schulmeinung vor der anderen den Vorrang geben wollte, daß er mithin — nach Bruns — eine die proculejanische Lehrmeinung, welche den Besitz bis zur Occupation des Dritten ausdehnte, bestätigende Entscheidung abgeben wollte. Die klaren Worte der Constitution lassen eine viel weiter gehende Entscheidung ersehen. Bei dem durch Detentoren ausgeübten Besitze wurden früher von beiden Schulen die Besitzrechte Dritter, welche den Besitz nach dem Tode, dem Fortgange oder gar in Folge einer Tradition, mithin absichtlichen Evacuirung zu ihren Gunsten, ergriffen hatten, höher geschätzt, als die Besitzrechte des Abwesenden. Wenn auch nicht die Cogitation, so wirkten doch die Handlungen des Detentors zum Rechtsnachtheile des Herrn. Wenn man corpore alieno besaß, dann wurde allen Dritten gegenüber der dominus possessionis voll und ganz durch den Detentor repräsentirt. Die Erledigung des Besitzes, insbesondere die consensuale Erledigung in der Tradition durften Dritte ganz aus der Person des Repräsentanten beurtheilen, dessen Zusammenhang mit einem dominus ja auch nicht äußerlich wahrnehmbar ist. Wenn sie nach dem derelinquere decedere, tradere des Detentors die Erledigung des Besitzes annehmen konnten, dann durften sie mit der Hoffnung apprehendiren, daß bei einem Conflict mit einem plötzlich auftauchenden Herrn ihr Besitz vom Richter als der bessere geschätzt werden würde. Alle Besitzhandlungen des Detentors gereichen mithin zum Vortheil, ingleichen aber auch zum Rechtsnachtheile des unsichtbar hinter demselben steckenden Herrn. Bei dem Besitzeserwerbe an der detinirten Sache brauchen die Dritten nur die Person des Detentor im Auge zu haben und können aus deren Verhalten beurtheilen, ob eine Gelegenheit, den Besitz ohne Attentat zu erlangen, für sie vorliegt. Der Herr ist dann allerdings weit mehr gefährdet, als wenn er unmittelbar besitzt. Aber diese Gefährdung wird doch einigermaßen durch die Billigkeit erfordert, denn wonach anders sollen Dritte eine etwaige Apprehensionsgelegenheit beurtheilen, als aus der ihnen allein sichtbaren Person des Detentor?

Dem Kaiser Justinian erschien indessen eine solche Gefährdung der Herren aus der Person der Detentoren unerträglich. Er verordnet deßhalb, daß, wenn auch die Detentoren den Besitz dereliquerint vel tradiderint, nihil penitus domino praejudicii generetur. Das officium judicis bei Entscheidung der Frage uter potius possideat zwischen dem abwesenden Herrn und demjenigen, welcher die ihm gebotene Gelegenheit aus der Person des Detentors bemessen hat und

danach glauben konnte zu besitzen, wird dahin bestimmt, eine für den Herrn günstige Entscheidung abzugeben. Damit aber werden die Detentoren wie Hausknechte und Wächter behandelt, das heißt, wie Personen, welche zwar einzelne Besitzhandlungen für uns ausüben, denen aber nicht die Ortsverfügung dergestalt anvertrauet ist, daß ihre Schicksale — Tod oder Aufgebungshandlungen — zu unserem Nachtheil wirken. Dann aber hat es mit dem Detentionsverhältniß bei den unbeweglichen Sachen ein Ende. Jeder Besitz ist unmittelbar und unabhängig von etwaigen nachtheiligen Handlungen des Repräsentanten gemacht. Die Ortsverfügung ist nicht mehr anvertrauet und der Pächter spielt auf meinem Gute nur die Rolle wie ein Gast, welchem ich dort spazieren zu gehen erlaube. Welcher Art die Besitzhandlungen des Detentor sind, wird durch deren Unpräjudicirlichkeit für den Herrn ganz gleichgültig. Alle Fälle des decedere, derelinquere, tradere, prodere sind begriffen. Ob der Besitzerwerber colludirt oder ob er gutgläubig ist bleibt auch ohne Einfluß, denn nicht eine erst festzustellende Hypothesis entscheidet über den Besitz, sondern der abwesende Verpächter weiß vermöge der gesetzlichen Besitzschützung, daß er, wen er auch im Grundstücke treffe, hinauswerfen kann. Die früher nur für den unmittelbaren Besitz gültige Regel: possidemus donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi dejecti fuerimus — gilt jetzt mithin auch für den durch die Constitution zum unmittelbaren Besitz gemachten Besitz durch Pächter 2c.

Es ist nun noch ein Blick auf das Verhältniß der const. 12 de poss. zu der const. 11 de vi zu werfen. Nach ersterem Gesetz wird der Besitz auch in den Fällen als fortdauernd angesehen, in denen das andere Gesetz nur eine persönliche Klage auf Wiedererlangung gab und dem Gegner den Besitz zuschrieb. Das erstere Gesetz muß später erlassen sein als die const. 11, denn nach demselben konnte man nicht sagen, daß es gar kein Rechtsmittel für den zurückkehrenden Abwesenden gebe, um den aus der Detention entfallenen Besitz zu behaupten. Er konnte ja nunmehr das Int. Uti possidetis mit Aussicht auf Erfolg anstellen. Das gleichzeitige Zuschreiben einer Wiedererlangungsklage und des Behauptungsrechtes ist kein praktischer Widerspruch. Es steht in der Wahl des Abwesenden, in einer doppelten Weise Stellung zum Occupanten zu nehmen. Er kann sein potius possidere behaupten, Selbsthülfe gebrauchen und das Uti Possidetis ertrahiren; er kann aber auch — solches aber nur dem ersten Occupanten gegenüber, welchem dies für den Besitzer als Zufall anzusehende in der Person des Repräsentanten eingetretene Ereigniß den Besitz eröffnete — von seinem eignen Besitze absehen, und anstatt den der aequitas, wie bei der importatio vi fluminis widersprechenden Vermögensübergang zu leugnen, denselben mit der von Justinian ihm verliehene Klage rückgängig machen. Der im Besitzwechsel steckende Vermögenswechsel ist ja vorhanden, sobald das Besitzrecht nicht geltend gemacht wird.

Es soll hier noch kurz die Frage berührt werden, ob man die Immobiliarbesitzcontroverse nicht durch das Institut des Tabularbesitzes ganz aus der Welt schaffen kann. Das österreichische Gesetzbuch redet

von einem bücherlichen Besitze und haben einzelne österreichische Juristen *) denn auch wirklich versucht, den Naturalbesitz als vom Tabularbesitze gänzlich verdrängt und diesem gegenüber als einen rechtlich nicht zu beachtenden Schatten darzustellen.

Bei streng durchgeführtem Tabularbesitze dürfte man den animus domini bezüglich eines Grundstücks nur in Folge der Inscription concipiren. Der Hypothekenrichter hätte das ganze Duplicat der Erdoberfläche in seinem Schranke und jede Besitzbewegung könnte sich erst durch seinen Federstrich vollziehen. Das Duplicat müßte dann auch genau passen und jeder Winkel, jede Grenze aus dem Hypothekenbuche ersichtlich sein. Der gesammte Grundbesitz wäre staatlich unter Verschluß gelegt; der Grundbuch-Extract würde den Schlüssel bilden, welcher allein erlaubt, das Grundstück als Beherrscher zu betreten.

Die Unmöglichkeiten springen klar in die Augen. Es ist unmöglich ein photographisch genaues Bild der Erdoberfläche im Grundbuche darzustellen. Es ist unmöglich die Besitzesbewegung aus der Natur auf das Papier zu übertragen, mithin in jedem Fall so lange hinauszuschieben, bis das Grundbuchamt intabulirt hat. Die Irrungen, die man vermeiden will, würden sich verdoppeln und das Gleichgewicht in der Sachherrschaft nicht stabilirt, sondern gestört werden.

*) cfr. Randa S. 140.

Druck von M. Bruhn in Braunschweig.

